Die Gründerhaftung für Überbewertung von Sacheinlagen bei der G. m. b. H.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Tübingen

vorgelegt von

Wolfgang Dreiß

Referendar in Stuttgart.

Bietigheim 1931

Buchdruckerei Gläser & Kümmerle.

Dekan: Professor Dr. Schönfeld.

Berichterstatter: Professor Dr. von Heck.

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Juni 1931.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Verzeichnis des benützten Schrifttums:

Bericht	Bericht der 25. Kommission über den derselben zur Vorberatung überwiesenen Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mbH.
Brodmann	Kommentar zum GmbH-Gesetz. 2. Auflage. Berlin 1930.
Brodmann AktR	Aktienrecht. Berlin 1928.
Cohn	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Mitglieder im Verbandsrecht. ZivA 132, 129.
Cosack	Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 8. Auflage.
Crisolli	Die Rechtsnatur der Sacheinlageverpflichtung eines Aktionärs. JhR 93, 226.
Crüger-Crecelius	Das Reichsgesetz betreffend die GmbH. 6. Auflage 1922.
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1908—1913, 3. Aufl. 1930.
E I	Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen. Berlin 1891.
E II	Reichstagsvorlage des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. RT 8. LP. 1. Sess. 1890/92.
Endemann Ha R	Wilhelm Endemann, das deutsche Handelsrecht. 3. Aufl. 1876. 4. Aufl. 1887.
Ehrenberg Hdb	Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts. 1. Bd. Leipzig 1913: Personen des Handelsrechts. Im allgemeinen. 2. Das Handelsregister von V. Ehrenberg. S. 524 ff.
Ehrenberg DgmJ	61, 423 ff. V. Ehrenberg, Handelsregistergericht und Prozeßgericht.
Enneccerus	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd., 1. Abt., 12. Bearbeitung. 1928.
Feine	bei Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts 3. Bd., 3. Abt.: Hans Erich Feine, die Gesellschaft mbH. 1929.
Fester	Die Bedeutung des Eintrags im Handelsregister. Marburger Diss. 1911.
Fischbach	Vorbereitende Rechtsverhältnisse. Bürg A 41, 160 ff.
Fischer	Fischer H. A., Der Schaden nach dem BGB. 1903.
Fränkel	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Tübingen 1915.
Freymuth	Die GmbH in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte. Bd. 1 (1911—1916). B. 2. (1916—1924).
Fürst	Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften. LZ 1910, 177.
Gierke DPR	Otto v. Gierke. Deutsches Privatrecht Bd. 1, 1895:
Gierke HdR	Julius v. Gierke, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. 3, S. 133: Artikel Handelsregister.
Guleke	Das Illationsproblem bei der GmbH. Tübinger masch. Diss. 1924.
Hachenburg	Kommentar zum Gesetz betreffend die GmbH. 5. Aufl. Berlin 1926 und 1927.
v. Hahn	Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. 1879.

Haldenwang	Der Gläubigerschutz bei der GmbH. Tübinger masch. Diss. 1924.
Haux	Die Sacheinlage bei der GmbH. Heidelberger Diss. 1914.
Heck Haverei	Ph. Heck, Das Recht der großen Haverei. Berlin 1889.
Heck ZivA 92, 438 ff.	Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht?
Heck Rechtsgew.	Das Problem der Rechtsgewinnung. Tübingen 1912.
Heck ZivA 112, 1 ff.	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz.
Heck	Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel, in Festschrift für Otto Gierke. Weimar 1911, 319 ff.
Heck Grdr	Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Heldrich	Das Verschulden beim Vertragsschluß. Leipzig 1924.
Herholz ZivA 130, 257 ff.	Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbezeichnung.
Heymann DogmJ 75, 408 ff.	Die nichteingetragene GmbH. usw.
Hintner ZHR 95, 228 ff.	Die Riegersche Bilanzlehre usw.
Hofacker	Die Verkehrssicherungspflicht. Stuttgart 1929.
Hollaender ZHR 76, 65 ff.	A. Hollaender, Zur Reform der GmbH.
Hueck DogmJ 73, 57 ff.	Alfred Hueck, Normenverträge.
Huppert	Das ungarische Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GA V 1930). ZBlH 1930, 228.
Jehle	Eugen Jehle, Die Vollmacht und die Willensmängel des Vollmachtgebers. Tübinger Diss. 1908.
Ihering	culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen usw. Verträgen. DogmJ 4, 1 ff.
Kreß	Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.
Kubler	G. A. Kubler, Das Stammkapital der Gesellschaft m. b. H. Tübinger Diss. 1902.
Kuhlenbeck	Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse. DJZ 1905, 1146.
Liebmann-Saenger	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften m. b. H. 7. Aufl. Berlin 1927.
Mayer	Bruno Mayer, Das sog. Publizitätsprinzip usw. Grünhuts Z 32 (1905), 245 ff.
Meuche	R. Meuche, Die rechtliche Natur der Anmeldung zum Handelsregister. Göttinger Diss. 1916.
Meyer Publ	Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. München 1909.
Meyer ZHR 81, 366 ff.	Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura (1918).
Mot.	Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft nebst Motiven und Anlagen. Reichstagsvorlage 5. LP. 4. Session. Berlin 1884.
Müller-Erzbach ZivA 106, 309 ff.	Gefährdungshaftung und Gefahrtragung.
Müller-Erzbach HR	Deutsches Handelsrecht. Erster Teil. 2. Aufl. 1927.

Raendrup Hubert Raendrup, Die Ersitzung als Rechtsscheinwirkung. In: Die RGPraxis im deutschen Rechtsleben. Berlin 1929. Bd. 3, 34 ff.

Nußbaum Kommentar zum Börsengesetz. 1910.

Oertmann Komm. Kommentar zum BGB. 1. Bd. 3. Aufl. 1927. 2. Bd. 3. und 5. Auflage. 1927 und 1928.

Oertmann ZivA 121, 122 ff. Bemerkungen zur Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnis nichtzustandegekommenen Vertrag.

Oertmann ZHR 95, 443 ff. Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein.

Pisko Das Einzelunternehmen mit beschränkter Haftung. Grünhuts Z 37, 699 ff.

Planck Plancks Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Herausgegeben von Strohal. 4. Aufl. 1914 ff. 1. Bd.: Allgemeiner Teil. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse.

Prausnitz Rechtsschein und Wirklichkeit im Handelsregister. ZHR 96, 10 ff.

Raiser Rolf Raiser, Schadenshaftung bei verstecktem Dissens. ZivA 127, 1 ff.

Rauch Besprechung des oben angeführten Werks von Fester. ZHR 75, 532 f.

Renaud Das Recht der Aktiengesellschaft. 2. Aufl. 1875.

RGR Komm. Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert von Busch u. a. Reichsgerichtsräten usw. 6. Aufl. Berlin 1928.

Riezler Erwin Riezler, Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.

Rintelen Max Rintelen, Untersuchungen über die Entwicklung des Handelsregisters. ZHR 75 (1914) Beilageheft.

Roth Hans Roth, Der Vorvertrag. Bern 1928.

Rümelin Gründe Max Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung. 1896.

Rümelin Schuldverspr. Derselbe, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB. Tübingen 1905/06. Sonderdruck aus ZivA 97 und 98.

Rümelin RuWArch Derselbe, Zur Lehre von der juristischen Konstruktion. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Band 16 (1922).

Ruth Eintritt und Austritt von Mitgliedern. In: ZHR 88, 454 ff.

Saassen Die Gründerhaftung bei der GmbH. Würzburger Diss. 1914.

Schmalenbach Finanzierungen. 4. Aufl. Leipzig 1928.

Schmidt Richard Schmidt, Die zivilrechtliche Gründerverantwortlichkeit nach deutschem Aktienrechte. München 1888.

Schönfeld DogmJ 75, 333 ff. Zur Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft.

Schönfeld RG Festschr Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. Die RGPraxis im deutschen Rechtsleben. Bd. 2, 191 ff. 1929.

Scholz Kommentar zum GmbHGesetz. Köln 1928.

Siber DogmJ 70, 223 ff. Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit (1920).

Siber RöR	Römisches Privatrecht. Berlin 1928.
Staub	Staubs Kommentar zum HGB. Bearbeitet von Koenige u. a. 12./13. Aufl. 1926.
Steinberg	Wilhelm Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo. Bonn 1930.
Stoll LZ 1923, 532 ff.	Heinrich Stoll, Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen.
Stoll ZivA 131, 141 ff.	Rücktritt und Schadensersatz.
	Weitere Abhandlungen dieses Verfassers, die als Anmerkungen zu gerichtlichen Entscheidungen in der JW 1927 ff. veröffentlicht worden sind, werden im Text angeführt.
Stolz	Josef Stolz, Die Gründerhaftung im Aktienrecht und nach dem Rechte der GmbH. Tübinger masch. Diss. 1922.
von Tuhr AllgTeil	Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1910—1918.
von Tuhr ZivA 121, 359 ff.	Derselbe, Schadensersatz bei Dissens.
Wellspacher	Moriz Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. Wien 1906.
Wolff	Martin Wolff, Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts in Berliner Festgabe für Otto von Gierke, Bd. 2, S. 22 ff.
Wiener Bd. 24 und Bd. 25.	
	Wiener, Die Errichtung der Aktiengesellschaft. ZHR Bd. 24 und 25.

Inhaltsverzeichnis:

§ 1 Die Streitfrage.

§ 2 Insbesondere: Der gegenwärtige Stand der Meinungen.

1. Abschnitt: Die Haftung im Außenverhältnis.

§ 3 Die externe Gründererklärung als Umstandserklärung in Publizitätsform.

§ 4 Der Grund der Haftung.

§ 5 Die Art der Haftung.

§ 6 Die Naturalrestitution.

2. Abschnitt: Die Haftung im Innenverhältnis.

§ 7 Der Grund der Haftung.

§ 8 Der Inhalt der Haftung.

§ 9 Die subjektive Zuständigkeit der entstandenen Schadensersatzforderung.

3. Abschnitt:

§ 10 Die Stellung der Materialien.

4. Abschnitt:

§ 11 De lege ferenda.

§ 1. Die Streitfrage.

I. Die Interessenlage. II. Die Abgrenzung des Bewertungsproblems. III. Die geschichtliche Entwicklung.

I. Die physische Person, deren ganzes Vermögen Zugriffsobjekt ihrer Gläubiger ist, schädigt nicht nur ihre Gläubiger, sondern schneidet sich auch ins eigene Fleisch, wenn sie nicht auf Gewinnung eines Vermögens bedacht ist oder sich ihres Vermögens entäußert. Diese Gleichgerichtetheit der Interessen des Schuldners und der Gläubiger [1]) bildet ein wirksames Sicherungsmittel der letztgenannten. Es fehlt da, wo die Haftung auf das Sondervermögen einer juristischen Person beschränkt wird. Denn die juristische Person selbst empfindet nie ein Unlustgefühl, wenn sie arm ist; und die hinter ihr stehenden physischen Personen empfinden es nicht immer.

Das Sicherungsmittel soll bekanntlich dadurch ersetzt werden, daß besondere Vorschriften für die Aufbringung und Erhaltung des Sondervermögens getroffen werden [2]). Sie gruppieren sich um die Einrichtung des Stammkapitals, das von Brodmann 125 zutreffend einem Stauwehr verglichen wird. Wenn das Vermögen der juristischen Person aufgebracht werden soll, so soll — das wäre das Ideal — der Strom des Vermögens solange in den Stausee einströmen, bis sein Spiegel in der Höhe des Wehrkamms liegt.

Eine diesem Ideal entsprechende Normierung ist nicht nur dann Bedürfnis, wenn die hinter dem Sondervermögen stehenden Personen ohne Rücksicht auf ihre persönlichen Eigenschaften, lose und auswechselbar miteinander verbunden sind, wenn also eine kollektivistische Organisation vorliegt (so bei der Aktiengesellschaft); sondern auch dann, wenn es für den Bestand der Organisation auf die Persönlichkeit gerade des bestimmten einzelnen ankommt, wenn sein Ausscheiden erschwert ist und wenn die Organisationszugehörigkeit in seine übrige Rechtslage stark eingreift, wenn also eine individualistische Organisation vorliegt (so bei der G. m. b. H.) [3]). Die Gefahr, daß die Mitglieder einträchtig zum Nachteil der Gläubiger Schiebungen vornehmen, ist hier eher noch größer.

Diese Gleichheit der Interessenlage ist bei der Schaffung des Gesetzes nicht hinreichend beachtet worden. E I 27 (gleich E II 23) [4]) meint, die Ausschreitungen bei der Gründung von Aktiengesellschaften haben nur durch die weite Verbreitung der Aktien im Pub-

[1]) Heck Haverei 575.
[2]) Fränkel 2 ff; Hachenburg 71 f.
[3]) deutlich in RG 128, 15 ff.
[4]) Ebenso Hollaender 77.

likum ihren gemeingefährlichen Charakter erhalten; wo die große Ausdehnung und der häufige Wechsel der Mitglieder nicht stattfinde, bedürfe es präventiver und repressiver Vorschriften nicht. Hier wird übersehen, daß nicht nur die Mitgliedschaftsrechte und die aus ihr fließenden Gläubigerrechte, sondern auch die nicht mitgliedschaftlichen Gläubigerrechte des Schutzes bedürfen.

II. Das Programm, das die Art und Weise des Vermögensaufbringens ankündigt, ist der Gesellschaftsvertrag. Da die Höhe des Staufees, der durch das Aufbringen gefüllt werden soll, in einem Geldbetrag ausgedrückt wird, ergibt sich bei Sacheinlagen [5]) (und nur bei ihnen) das Problem: Wie müssen die eingelegten Sachen beschaffen sein, damit ihre Leistung das Programm „erfüllt"?

Denkbar sind zwei Arten der „Nichterfüllung".

Die eine Fallgruppe umfaßt die Fälle, in denen die Sache mit Fehlern im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB. behaftet ist oder in denen zugesicherte Eigenschaften (§ 459 Abs. 2 BGB.) nicht vorhanden sind. Daß in diesen Fällen das Ideal der Aufbringung des Stammkapitals für die Lösung des Problems erheblich ist, zeigt Crisolli 226 ff., insbesondere 236, 242, 245 und 248, ferner Hachenburg 204.

Die andere Fallgruppe umfaßt die Fälle, wo die Sache zwar die Anforderungen erfüllt, die das typische Erwerberinteresse beim Fehlen besonderer Zusicherungen an sie stellt [6]), jedoch ihr Wert nicht dem Geldbetrag gleichkommt, mit dem sie nach dem Gesellschaftsvertrag das Stammkapital belegen soll. Das sind die Fälle der allgemein als schädlich empfundenen Ueberbewertung von Sacheinlagen [7]).

Die Abgrenzung der beiden Gruppen gegeneinander macht mitunter Schwierigkeiten, weil beide gemeinsame Züge aufweisen. Nicht nur ist die Haftung des Sacheinlegers für richtige Bewertung, wie im folgenden zu zeigen ist, eine solche für culpa in contrahendo (cic), sondern es kann auch die gesetzliche Mängelhaf-

---

[5]) nach dem Sprachgebrauch des § 90 BGB: Nicht-Geldeinlagen.

[6]) daß dies das entscheidende Kriterium für die Mängelhaftung ist, darüber Heck Grdr § 87, 1a und die Beispiele 269. Aehnlich Plank-Knoke § 459 1 b β, der von einer nach der Verkehrsanschauung und den Umständen bestimmten „normalen Beschaffenheit" ausgeht.

[7]) Hachenburg 205, 254 ff.; Brodmann 40. De lege ferenda neuestens Saenger Magazin der Wirtschaft 1930, 179 ff. Aus dem ausländischen Recht ist neuestens § 18 ungar. Ges. von 1930 hervorzuheben; s. darüber Huppert 228 ff.; Hajnal ZHR 95, 303 ff. Der Sacheinleger haftet 5 Jahre lang dafür, daß seine Einlage dem festgesetzten Werte gleichkommt, es sei denn, daß eine Bewertung durch einen gerichtlichen Sachverständigen stattgefunden hat. Neben einer Sacheinlage sind mindestens 10 000 Pengö bar einzulegen. Die Interessenkollission zwischen Sach- und Geldeinlegern, die durch die letztgenannte Vorschrift unter Umständen herbeigeführt wird, vermag Ueberbewertungen zu hindern. Vgl. Wiener Bd. 25, 33 ff.

tung des § 459 Abs. 1 auf diesen Rechtsgrund zurückgeführt werden, sofern die Nichtanzeige des Mangels auf Verschulden beruht [8]).

Die Abgrenzungsschwierigkeit ist aber, wie z. B. der Fall RG JW 1927, 1086/4 (Verschweigung der Unmöglichkeit eines auskömmlichen Bierabsatzes ist eine cic) gegenüber RG 98, 289 (Quantitätsmangel des Inventars und Warenlagers ist ein Sachmangel) zeigt, ein Problem des allgemeinen Schuldrechts, sodaß sich die nähere Erörterung hier verbietet [9]).

III. Im Aktienrecht ergaben sich in der Gründerzeit Schädigungen der Allgemeinheit vor allem dadurch, daß bei Sachgründungen die Sacheinlagen zu übertriebenen Wertansätzen eingebracht wurden. Dem trat die Aktiennovelle von 1884 entgegen, in dem sie die zur Entstehung der Aktiengesellschaft führenden Vorbereitungsakte formalisierte (§ 195 HGB.), dem Vorstand und Aufsichtsrat eine Prüfungspflicht auferlegte, den Revisorenbericht (§§ 192 ff.) und die Gründerhaftung einführte [10]). Die Gründerhaftung wurde damals allgemein als eine völlig neue Institution angesehen, da man vordem übersehen hatte, daß sie sich in großem Umfange aus den allgemeinen Grundsätzen der cic hätte herleiten lassen. Anerkannt war nur die Haftung im Falle doloser Schädigung.

Im GmbH-Gesetz fehlen Bestimmungen über die Gründerhaftung bis auf die vereinzelt dastehende und daher etwas rätselvolle [11]) Bestimmung des § 46 Ziff. 8 [12]).

---

[8]) Planck-Siber Vbm vor § 275, Erläuterung 4 a α bb S. 191. Eine Uebersicht über den Stand der Meinungen gibt Steinberg 17 Anm. 26—30. Vgl. auch RG JW 1927, 1993/3.

Heck Grdr 267 unten sieht in der Haftung eine solche für Unmöglichkeit der Leistung. Zu diesem Ergebnis muß man in der Tat gelangen, wenn man die Vorgänge, die nach der im Text besprochenen Ansicht cic begründen, bei der Auslegung des Vertrages heranzieht und für die Bestimmung des Leistungsinhalts maßgebend sein läßt. Der allgemeine Gesichtspunkt der cic ist damit durch den spezielleren der Vertragsauslegung verdrängt. Dadurch wird die Abgrenzung der im Text geschiedenen Gruppen erleichtert, nicht aber überflüssig gemacht.

[9]) Im Falle RG 84, 333 ff. lag m. E. eine Zusicherung gemäß § 468 vor. Die im Text erörterte Abgrenzungsschwierigkeit griff also nicht ein. Wollte man eine Zusicherung nicht annehmen, so erhob sich m. E. die Frage, ob die Grundstücke nicht zu klein waren, um überhaupt Gegenstand einer kolonialen Bewirtschaftung sein zu können; bejahte man dies (vgl. dazu aaO 355), so war ein Sachmangel nach § 459 Abs. 1 anzunehmen (vgl. RG 129, 283).

[10]) Vgl. dazu Mot. 54, 58, 87 f., 96 f., 100, 102, 106 f., 110, 113 f., 117 ff., 121 ff.

[11]) Vgl. einerseits RG 100, 177; Brodmann 188; andererseits Hachenburg § 9 Anm. 28 S. 255.

[12]) Die Haftung nach § 9 wird nicht als Gründerhaftung bezeichnet, mögen auch die Anmeldenden zufällig mit den Gründern identisch sein. Vgl. den Sprachgebrauch Hachenburgs 254 ff.

§ 2. Insbesondere: Der gegenwärtige Stand der Meinungen.

Ueber die Frage, ob es im geltenden Recht eine Gründerhaftung gibt, gibt es die folgenden Theorien.

Daß die Gründer der Gesellschaft als Geschäftsführer ohne Auftrag handeln, wird für die Aktiengesellschaft in den Mot. 121 ff. als eine denkbare Ansicht erwähnt. Gleichgültig, ob die Ansicht überhaupt richtig ist oder nicht, würde sie jedenfalls auf die GmbH nicht schlechter passen als auf die Aktiengesellschaft alten Rechts; denn nach dem GmbH-Gesetz stehen die Gründer und die Gesellschaft nicht weniger beziehungslos [13]) zueinander wie nach dem alten Aktienrecht. Jedoch wird diese Ansicht für die GmbH, soviel zu sehen, nirgends vertreten.

Staub GmbH-Gesetz 1. Auflage (1903) § 9 Anm. 28 S. 76 ff. führt aus: „Allein wenn sie (sc die Gründer) die Gesellschaft dolos schädigen, wenn sie der Gesellschaft Werte zu hohem Preise inferieren, von denen sie wissen, daß sie wertlos sind, ... so verletzen sie ihre Pflichten gegenüber der entstehenden und zur Eintragung bestimmten Gesellschaft und werden dieser verantwortlich. Sie haften der Gesellschaft für den dadurch entstehenden Schaden, der in minimo darin besteht, daß die Gesellschaft ohne die betreffenden Werte zur Entstehung gelangt ..... Denn die Gründer sind das Organ, durch welches die entstehende Gesellschaft sich betätigt..... Die Klage ist die actio pro socio, sie verletzen ihre Gesellschafterverpflichtung, indem sie bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags treulos handeln. Die Verjährung ist nicht die dreijährige, ... da es sich um einen kontraktlichen Anspruch handelt.

Gleichzeitig liegt darin eine Pflichtverletzung ihren Gesellschaftern gegenüber, und sie haften auch diesen mit der actio pro socio."

Sowohl die Theorie der negotiorum gestio als auch die der Organhaftung ist abzulehnen.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag paßt da, wo ein durch besondere Normen geregelter anfänglicher Interessengegensatz nicht besteht. Das Verhältnis der Gründer zur Gesellschaft und damit auch die Abgrenzung der beiderseitigen Interessen ist aber im Gesellschaftsvertrag geregelt. Hieraus ergeben sich Interessengegensätze [14]). In dieser Lage die Gründer in die mit drückenden Pflichten verbundene Rolle von Geschäftsführern ohne Auftrag zu zwingen, hieße sie zur Aufgabe ihrer eigenen Interessen oder zur Untreue zwingen.

---

[13]) Darüber daß eine solche Beziehungslosigkeit der Boden ist, auf dem die Geschäftsführung ohne Auftrag gedeiht, s. Heck Grdr. § 118, 5 S. 353; § 120, 1 S. 355 f.

[14]) Zwar wurde oben (Anm. 13) festgestellt, daß die negotiorum gestio für die GmbH relativ nicht schlechter passe als für die Aktiengesellschaft. Es zeigt sich aber, daß sie absolut genommen für beide nicht paßt.

Die Pflichten eines Organs im Sinne Staubs können letztlich keine anderen sein als die eines Beauftragten. Die eines Beauftragten aber wären, wie aus §§ 681, 683 BGB erhellt, dieselben wie die eines Geschäftsführers ohne Auftrag. Dieselben Erwägungen, die gegen die Annahme einer negotiorum gestio sprechen, sprechen also auch gegen die Organtheorie [15]). Gegen sie spricht ferner, daß ihr jede gesetzliche Grundlage mangelt, wie Hachenburg 255 zutreffend bemerkt [16]).

Die herrschende Meinung geht dahin, daß das Schweigen des GmbH-Gesetzes nicht hindert, die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts anzuwenden. Danach ist der Gründer, der vorsätzlich eine im Verhältnis zum Nennbetrag seiner Einlage minderwertige oder gar eine wertlose Sache einbringt und so die Gesellschaft vorsätzlich schädigt, nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig [17]). Zu ersetzen ist nicht das negative Vertragsinteresse, sondern nach der einen Meinung [18]) der Betrag, um welchen der wahre Wert hinter dem angesetzten zurückbleibt. Weitergehend billigt das RG [19]) den Wert zu, den jene Rechte für die Gesellschaft gehabt hätten, wenn sie mit dem im Gesellschaftsvertrag angegebenen Inhalt und Umfang bestanden hätten.

Ferner wird angenommen [20]), daß die vorsätzlich schädigenden Gründer verpflichtet sind, einen gutgläubigen Mitgründer zu entschädigen, indem sie ihm gegen Uebernahme seines Anteils die für die Gründung gemachten Aufwendungen ersetzen.

Im übrigen wird eine Haftung verneint [21]). Die entgegengesetzte Entscheidung RGStr 49, 340 ff. geht auf die Haftung der Geschäftsführer aus der Anmeldung zurück und hat in der Praxis, soviel zu sehen, keine Nachfolge gefunden.

Soweit diese Ansicht positiv eine Haftung ausspricht, ist sie zutreffend. Ob darüber hinaus noch in weiteren Fällen eine Haftung anzunehmen ist, und ob die von der herrschenden Lehre gegebene

---

[15]) Ob bei einem durch ein Vertragsverhältnis indizierten Interessengegensatz zwischen den Parteien in einzelnen Beziehungen Geschäftsbesorgungsrecht vielleicht doch anwendbar ist, wird z. Zt. für das Anwalts- und Aufwertungsrecht erörtert. Vgl. RG JW 30, 1193/10 und 3854/4 und dazu die Anm. von Friedlaender daselbst. Dieser betont zutreffend die Bedeutung des § 676 BGB.

[16]) Ebenso Mot. 63, 121 f.; Wiener Bd. 24, 473.

[17]) RG Holdh 10, 143; RG 84, 336; 100, 177; ähnlich RG 18, 71 ff. für die altrechtliche Aktiengesellschaft. Ferner Brodmann 40, der sich mit Unrecht auf KGZ 38, A 161 beruft, Hachenburg 254 f., Scholz 111 ff.

[18]) Brodmann 40.

[19]) RG 84, 337. Bei Hachenburg 255 und Scholz 112, 472 ist nur soviel erkennbar, daß sie das positive, nicht das negative Interesse geben wollen.

[20]) RG 54, 137; 71, 100; 123, 104; Feine 225 f.; Hachenburg 255.

[21]) Feine 10, 27, 103, 116 f., 253, 330 Anm. 1, vgl. auch 56; ferner die zur Anm. 17 zitierten.

Begründung durch eine andere zu ersetzen ist, wird im folgenden untersucht werden. Schon hier ist zu bemerken, daß eine Begründung, die sich auf eine speziellere gesetzliche Entscheidung [22]) als gerade auf den § 826 BGB zu stützen vermag, vor dieser den Vorzug verdient; denn der § 826 BGB gehört wie der § 242 BGB an den Schluß, nicht an den Anfang jeglicher Rechtsfindung [23]).

1. Abschnitt: Die Haftung im Außenverhältnis.

§ 3. Die externe Gründererklärung als Umstandserklärung in Publizitätsform.

Es ist anerkannten Rechtes, daß eine Erklärung nicht nur dann die Ursache von Rechtsfolgen sein kann, wenn sie den Tatbestand der Willenserklärung [24]) erfüllt. Gerade die neuere Entwicklung hat den Kreis der Erklärungen, die nicht Willenserklärungen und doch rechtserheblich sind, erweitert, indem sie zwei Gruppen von Erklärungen zur Bedeutung verhalf [25]): den beiden Gruppen von Erklärungen über Tatsachen und Umstände [26]); und zwar erstens solchen, die vermittelst eines Registers oder einer sonstigen Publizitätsform an die Oeffentlichkeit gerichtet werden; zweitens solchen, die im Stadium von Vertragsverhandlungen dem Gegner gemacht werden. Die erste Gruppe wird vorwiegend in der Lehre vom Rechtsschein erörtert [27]), die letztere in derjenigen von der cic [28]) [29]).

Ist im Gründungshergang der GmbH eine Erklärung enthalten, die die Tatbestände dieser beiden Erklärungsarten verwirklicht?

Nach §§ 7, 8, 10 Abs. 1, 78 Ges ist der Betrag des Stammkapitals von den Geschäftsführern zur Eintragung im Handelsregister anzumelden und vom Registerrichter in das — nach § 9 HGB öffentliche — Register einzutragen und bekanntzumachen [30]). Ob in diesem Vorgang eine Erklärung enthalten ist, ist nach dem allgemeinen, in §§ 133, 157 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechts-

[22]) Der Ausdruck wird gebraucht im Sinne C. Schmitts Verfassungslehre 23 ff.

[23]) Planck-Siber § 242, 2 S. 42.

[24]) Vgl. die Definition von Enneccerus § 136 II A S. 350.

[25]) Daß es sich um eine neuerliche Entwicklung handelt, ergibt sich für die erste Gruppe aus dem Zunehmen der öffentlichen Register; vgl. Oertmann ZHR 95, 484. Für die zweite Gruppe Stoll LZ 23, 532 mit Lit.

[26]) Zu ihrer Systematik im allgemeinen Planck-Flad Allg. Teil 224.

[27]) Oertmann aaO, Meyer ZHR 81, 386, Ehrenberg Hdb 622 Anm. 23.

[28]) Stoll aaO; derselbe JW 1927, 1086.

[29]) Eine dritte Gruppe, die mit der zweiten verwandt ist, ist die der Erklärung von Tatsachen und Rechtsansichten bei der Abwicklung von Schuldverhältnissen, insbesondere bei der Anforderung und Anbietung von Leistungen. Man kann sie als Erklärungen bezeichnen, die in solvendo gemacht werden Vgl. die oben Anm. 15 gegebenen Nachweise; ferner RG 94, 67 (Ausführungsanzeige betreffend), Fürst JW 1930, 1498 f., Riedinger JW 1930. 2048/9 C. insbesondere zu a. Die Haftung für solche in solvendo gemachten Erklärungen findet eine gewisse Parallele im römischen Plurispetitionsrecht; über dieses vgl. Siber RöR 274 f.

[30]) Feine 144 f., 152.

gedanken [31]), dem das — ältere — GmbH-Ges., selbst wenn es gewollt hätte, heute nicht mehr entgegenstehen könnte, im Wege der Auslegung [32]) zu beurteilen. Zunächst ist [33]) der subjektive Sinn der Angabe zu ermitteln.

Die physischen Personen und die Vorstände der juristischen Personen, die zu einer Gesellschaft zusammengefaßt sind und selbst oder durch andere die Höhe ihres Stammkapitals angeben, haben einen (realen oder hypothetischen) Willen, der auch durch den Mantel der entstehenden juristischen Person hindurch erkennbar ist [34]). Dieser Wille wird oft ganz real darauf gerichtet sein, sich durch die Angabe des Stammkapitals über die Kraft des vereinten Vermögens auszuweisen. Bei Bargründungen ist etwas anderes nicht denkbar. Es gilt aber auch für Sachgründungen. Wenn zwei Eheleute eine GmbH gründen und mit einander einen Gegenstand einbringen, der gute 200 000 RM wert ist, so könnte es aus Gründen eines Versuchs der Gebühren-, Steuer- und Stempelersparnis für sie nahe liegen, den Wert dieses Gegenstandes und den Betrag des Stammkapitals auf nur 20 000 RM anzugeben. So beliebt aber die Gebührenverkürzung und die Steuerhinterziehung [35]) sonst ist, so selten wird in Fällen dieser Art von ihr Gebrauch gemacht [36]). Der Grund

---

[31]) Daß die §§ 133, 157 nicht auf Willenserklärungen zu beschränken sind, steht heute fest; Enneccerus § 194 I S. 541 f.

Aus der Rechtsprechung vgl. die Auslegung einer (keine Willenserklärung enthaltenden) Ausführungsanzeige, die von RG 94, 67 stillschweigend vorgenommen wird. Die Zulassung der Anfechtung gemäß § 119 Abs. 1 setzte in dem dort prinzipaliter behandelten Falle (des Abschlusses mit einem Dritten) voraus, daß die erkennbare Grundlage der Erklärung als Inhalt der Erklärung behandelt wird (sonst würde nur ein Motivirrtum vorliegen). Diese Behandlung ist aber Auslegung.

[32]) Aus der Fülle der Auslegungsliteratur vgl. insbesondere Heck ZivA 112, 23 ff., woselbst Literaturangaben; aus neuerer Zeit: Manigk JW 1930, 2193 ff.; Isay, Rechtsnorm und Entscheidung.

[33]) Ueber das Verfahren bei der Auslegung im ganzen: Heck ZivA 112, 42 ff.

[34]) Die Streitfrage, ob die juristische Person „in sich" ein Bewußtsein von Tatsachen und Werten hat, kann dahingestellt bleiben. Vgl. dazu Litt, Individuum und Gemeinschaft 3. Aufl. (1926) 46 ff.; Smend, Verfassung und Verfassungsrecht 6 und passim; Heck ZivA 112, 62; Schönfeld RG Festschr 252 ff.

[35]) Um etwas besseres kann es sich nicht handeln, da die Gesellschaftssteuer vom Wert des Gegenstandes berechnet wird (§ 11 Abs. 1 KapVerkStGes). Dasselbe wird von den landesrechtlichen Gebührenordnungen gelten.

[36]) Statistische Belege dafür fehlen. Daß das erschöpfende Werk Fränkels die Unterbewertung nicht erwähnt, könnte schon ein Beweis für ihre Seltenheit sein. Daß in der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte Fälle der Unterbewertung kaum eine Rolle spielen (vgl. aber RG 118, 113 ff.), beweist nichts, da sie kein Anlaß zu Verkehrsstörungen und auch kaum zu Prozessen wären. Dagegen kommen sie in der Rechtsprechung des RFH immerhin vor. Vgl. RFH 7, 251; weitere Zitate bei Brodmann 24 zu d; vgl. auch RG 97, 197.

dafür kann vernünftigerweise nur sein, daß die Gründer den oben bezeichneten Willen haben und seiner Durchführung das Hinterziehungsinteresse opfern. Seine ökonomische Rechtfertigung findet dieser Wille darin, daß die Gesellschaft im Interesse der Gründer nicht unter dem ihr zukommenden Werte behandelt werden soll [37]).

Dies ist als Wille der Gründer bei der Auslegung aber auch dann zu berücksichtigen, wenn sie die Möglichkeit der Unterbewertung nicht tatsächlich erwogen und aus den erwähnten Gründen abgelehnt haben; denn § 133 BGB erfordert nicht nur die Berücksichtigung des Willens, der real vorhanden war, sondern auch des hypothetischen Willens, den der Erklärende gefaßt hätte, wenn er seine Interessen vollständig überdacht hätte [38]).

Bei Bargründungen und bei solchen Sachgründungen, bei denen eine Ueberbewertung nicht stattgefunden hat, würden die Gründer bei richtiger Würdigung der Lage es nur billigen, vom Verkehr nach ihrem Stammkapital eingeschätzt zu werden; denn es spricht im Geschäftsverkehr eine Lebensvermutung dafür, daß niemand für ärmer und redlicherweise auch nicht für reicher geachtet werden will, als er tatsächlich ist. Die erstere Möglichkeit wäre dem menschlichen Geltungsbedürfnis abträglich; zu der letzteren darauf hinzuweisen, daß gerade in Kreisen solider Geschäftsleute eine Scheu davor besteht, für reicher gehalten zu werden, als man ist [39]).

Bei Gründungen mit Ueberbewertung von Sacheinlagen ist der Wunsch, einen dem Stammkapital wertgleichen Vermögensstand vorzuspiegeln, häufig nicht bloß einfacher Wille, sondern zweckgeleitete Absicht [40]).

Dieser Wille wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß insgeheim der weitere Wille besteht oder im Bewußtheitsfalle bestehen würde, an den durch die Ueberbewertung entstehenden Schäden nicht festgehalten zu werden. Das ergibt schon die psychologische Erkenntnis; auch wäre es mit dem allgemeinen Gedanken des § 116 BGB unvereinbar.

Sieht man nun in der Erklärung im weitesten Sinne das Mittel, eine Vorstellung zu übermitteln, so wird in den untersuchten Fällen es dem Willen dessen, der die Höhe des Stammkapitals zum

---

[37]) Hollaender hält diesen Willen für so nachhaltig, daß er ihn als Grundlage für Erörterungen de lege ferenda verwendet (aaO 71 f.).

[38]) RG 98, 211; 107, 92; 110, 392; 127, 219 und 222; Heck ZivA 112, 53, 95 f.

[39]) Schmalenbach 91.

[40]) Auch da, wo anständige Motive obwalten — so etwa wenn das Stammkapital hoch angesetzt wird, um die Nichtausschüttung des zu erwartenden Gewinns nach § 30 Ges zu sichern —, werden sich die Gründer bei richtiger Würdigung sagen müssen, daß nach außen fürs erste ein schiefes Bild erzeugt wird. Das gehört aber schon nicht mehr zu dem subjektiven Sinn, sondern zum objektiven und zur Frage seiner Zurechnung.

Handelsregister angibt, entsprechen, das in der Angabe eine Erklärung über das Vermögen der Gesellschaft erblickt wird.

Was ist nun der objektive Sinn der Auslegung? Genauer [41]): Welches Bild liefert die Hypothese einer nach dem subjektiven Sinn forschenden typischen Deutung der Stammkapitalangabe?

Die Angabe über das Stammkapital ist nach § 9 HGB von dem Zeitpunkt der Anmeldung an jedermann zugänglich. Durch die Eintragung und Bekanntmachung wird die Publizität jeweils noch gesteigert. Daß die Angabe so behandelt wird, hat nur dann einen Sinn, wenn sie zur Kenntnisnahme durch die am Geschäftsverkehr [42]) beteiligten Personen bestimmt ist.

Das ergibt schon die geschichtlich entwickelte Bedeutung des Handelsregisters. Durch die Untersuchungen Ehrenbergs (DogmJ 47, 273 ff.), Rintelens (ZHR 75 Beilage) und H. Meyers (ZHR 81, 382 ff.) ist erwiesen, daß die Vorläufer des heutigen Handelsregisters, die mittelalterlichen Zunftmatrikeln, dazu dienten, die Erklärungen aufzunehmen, die ein Kaufmann über einen gewissen Teil seiner Verhältnisse an den mehr oder weniger unbeschränkten Kreis derer, die für ihn als Geschäftsgegner in Betracht kamen, zu richten hatte [43]). Für die Gegenwart ist es die weitaus herrschende Meinung, daß das Handelsregister dazu da ist, Erklärungen aufzunehmen und in Publizitätsform zu bringen [44]).

Wenn also die Angabe der Höhe des Stammkapitals in die handelsregisterliche Publizitätsform gebracht wird, so stellt sie sich auch objektiv als eine an den Verkehr [45]) gerichtete Erklärung dar. Welchen sachlichen Gehalt hat sie diesem Empfänger gegenüber?

---

[41]) Heck ZivA 112, 42. Ebenso Manigk aaO 2195: Das Ziel der Auslegung ist der wirkliche Wille (§ 133); der Verständigungsschlüssel des § 157 ist das methodische Mittel.

[42]) Nicht am sogenannten Unrechtsverkehr; Ehrenberg Hdb 635 Anm. 16 ff.; H. Meyer ZHR 81, 399 Anm. 66, woselbst weitere Angaben.

[43]) So insbesondere für die italienischen Zunftmatrikeln Lastig ZHR 14, 400 ff, 473 ff. A. M. Fester 47 f. mit unzutreffenden Gründen. Wenn die Register bloß für Zunftpolitik und -verwaltung bestimmt gewesen wäre, so wäre die alljährliche Verlesung „ante coram tota arte“ ziemlich überflüssig gewesen. Selbst wenn es ferner richtig ist, daß die Eintragung für Nichtmitglieder der Zunft ohne rechtliche Erheblichkeit war, so beweist das eben nur, daß der Geschäftsverkehr auf den Kreis der Zunftmitglieder beschränkt sein sollte.

[44]) Wiener ZHR 24, 460; B. Mayer Grünhuts Z 32, 258, 263, 267, 348 f.; H. Meyer ZHR 81, 382 f. Ehrenberg aaO spricht von „Tatsachen“, jedoch handelt es sich nur um einen terminologischen Unterschied. ROHG 23, 286; RG 1, 242; 8, 66; 54, 393; 76, 441; RG Goltd Arch 51, 187; KG JW 25, 268/4.

[45]) Gegen von Tuhr Allg. Teil I 438, Feine 176, die diesen Begriff beanstanden, sei darauf hingewiesen, daß Empfänger die Vielzahl der Personen ist, in deren Empfangssphäre die Erklärung — gleichgültig in welchem Stadium der Publizitätsform — gelangt.

In den Fällen, in denen derjenige, der die Erklärung über die Höhe des Stammkapitals abgibt, damit eine Erklärung über den Wert (kraft realen oder hypothetischen Willens) abgeben will, — nach dem früher gesagten ist das mit Ausnahme der in Anm. 40 erwähnten Fälle fast immer der Fall —, ist das Auslegungsproblem gelöst, wenn der Empfänger der Erklärung tatsächlich denselben Sinn beilegt wie der Erklärende.

Die Uebereinstimmung liegt vor. Die Neigung, das Stammkapital [46]) mit dem anfänglich real vorhandenen Mindestvermögen der Gesellschaft gleichzusetzen, ist in der Geschäftswelt allgemein vorhanden. Einschränkungen in dieser Neigung werden nur insoweit gemacht, als eine auf Mark und Pfennig genaue Bewertung für unmöglich gehalten wird. Weist darüber hinaus das Vermögen einen Abmangel gegenüber dem Stammkapital auf, so wird die Angabe über das Stammkapital für „Schwindel", also für Behauptung einer unwahren Tatsache erklärt.

In den Fällen, in denen derjenige, der die Erklärung über die Höhe des Stammkapitals abgibt, damit eine Erklärung über den Wert des Vermögens nicht abgeben will, bedarf es für die Feststellung ihres sachlichen Gehalts der Feststellung des dem Verkehr innewohnenden typischen Beurteilungsvermögens (Empfängerhorizonts) und der von ihm zu verlangenden typischen Deutungsdiligenz [47]) [48]).

Der Geschäftsmann, der die Angabe über das Stammkapital in der oben geschilderten Weise auslegt, weist das Beurteilungsvermögen des Typs, auf den es im Verkehr ankommt, nämlich des ordentlichen Geschäftsmanns, auf. Gerade für den ordentlichen, gewissenhaften Geschäftsmann ist es eine Selbstverständlichkeit, keine „Uebergründungen" vorzunehmen, keine Unternehmen mit „zu hohem" Stammkapital ins Leben zu rufen. Würde dieses Ideal ausgeräumt, so wären die Gesellschaften mbH gemeingefährlich oder wertlos.

Kann man einwenden: Daß ein Geschäftsmann mit Schwindel allgemein rechnen muß, kann man ihm nach seinem Empfängerhorizont zumuten; die Sorgfalt, die er bei Deutung der Anmeldungserklärung aufwenden muß, müsse ihn also dazu führen, daß er seine Neigung, der Erklärung ein Wertbild zu entnehmen, überwindet und sich, wenn er mit der GmbH ein Geschäft machen will, im Gesellschaftsvertrag über die Vermögensaufbringung unterrich-

[46]) Dasselbe gilt vom Aktienkapital. Für das Aktienkapital ist aber die Gründerhaftung jetzt speziell geregelt, sodaß die hier erörterten Fragen dort nicht mehr der Lösung bedürfen.

[47]) Vgl. oben zu Anm. 41. Ferner: Heck ZivA 112, 42 ff. Ueber das Typizitätserfordernis H. Meyer Publ 84; Brunner-Heymann 7. Aufl. 187.

[48]) Darüber, daß dabei ein Verpflichtungswille des Erklärenden nicht nötig ist, vgl. Planck-Siber 43, 194 gegen Steinberg 135 Anm. 128.

tet (§§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 3 Ges.) und die Bewertung selbständig nachprüft. Ist das richtig?

Die Motive sagen E I 51: „Vielmehr kann das Gesetz sich darauf beschränken, ... dafür zu sorgen, daß es dritten Interessenten nicht verborgen bleiben kann, wenn das ..... Stammkapital nicht in Geld, sondern durch Sacheinlagen aufgebracht wird." Und Seite 130 (gleich E II 99): „Bei Einbringung von Sacheinlagen ist die Angabe der Bewertung nach Geld ..... ausreichend, da denjenigen, welcher Gläubiger der Gesellschaft werden will, die Prüfung, ob eine Ueberschätzung der Einlage vorliegt, nicht erspart werden kann."

Diese Ausführungen sind wohl so zu verstehen, daß die Schaffung eines obrigkeitlich kontrollierten Apparats zur Bewertungsprüfung, wie er bei der AG vorhanden ist, hat abgelehnt werden sollen, und daß der kreditierende Gläubiger mehr als bei der AG, wo hiewegen Schadenersatzansprüche an den Staat wegen Verschuldens des Registerrichters in Betracht kommen, auf eigene Gefahr handle. Sollte darüber hinaus aber gemeint sein, daß der Gläubiger die Anmeldungserklärung nicht als Erklärung über den Wert des Vermögens ansehen dürfe, so wäre eine solche Absicht im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen. Auch stände sie mit den allgemeinen Rechtsgedanken, die aus § 157 BGB entwickelt worden sind, dermaßen in Widerspruch, daß sie jedenfalls gegenüber dem — jüngeren — BGB nicht mehr aufrecht erhalten werden könnte [49]).

Die Heranziehung des § 157 BGB mit der darin gebotenen Berücksichtigung der Verkehrssitte ergibt: Wer mit der Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen tritt, und das ist „der Verkehr", soll der Anmeldungserklärung den Sinn einer Werterklärung beilegen dürfen. Denn abgesehen von Geschäften über ganz große Gegenstände verlohnt es sich für ihn, im Verhältnis zum Wert des abzuschließenden Geschäfts nicht [50]), die Bewertung des einzelnen Gegenstandes als Außenstehender nachzuprüfen [51]). Andernfalls wäre die GmbH praktisch extra commercium gestellt. Eine dieses Ergebnis herbeiführende Sorgfalt kann nicht die im Verkehr erforderliche sein.

Eine Ausnahme wird nur dann zu gelten haben, wenn es sich um die Erwerbung eines Geschäftsanteils durch Vertrag handelt; hier wird der Erwerber die Stammkapitalerklärung nicht als Erklärung über das Vermögen behandeln dürfen.

Kann man weiter einwenden: die Neigung, das Stammkapital mit dem vorhandenen Vermögen gleichzusetzen, beschränkt sich nicht

---

[49]) Vgl. oben Anm. 31.
[50]) Vgl. für ähnliche Fälle RG 103, 81; 128, 182.
[51]) Ueber die Schwierigkeit Schmalenbach 1 ff.

auf das Anfangsvermögen, sondern ist auch dann noch vorhanden, wenn die Gesellschaft schon lange besteht und das Vermögen schon Schwankungen erfahren hat. In diesem letzteren Fall ist es doch bestimmt unmöglich, den Glauben an das Vorhandensein eines stammkapitalgleichen Vermögens für rechtserheblich zu erklären; und damit falle die ganze hier vertretene Ansicht.

Nun hat aber die Anmeldungserklärung für den ordentlichen Geschäftsmann nur den Sinn, daß im Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft ein stammkapitalgleiches Vermögen vorhanden war oder ist. Eine Garantie, daß die Gleichheit auch für die Folgezeit aufrechterhalten werde, kann er darin nicht erblicken; denn mit Vermögensschwankungen muß er rechnen. Wenn er dennoch mit der Stammkapitalangabe einen weitergehenden Sinn verbindet, so vertraut er nicht auf den objektiven Sinn einer Erklärung, sondern auf einen Zustand. Das ist aber grundsätzlich unerheblich [52]). Die befürchteten Folgerungen brauchen also nicht gezogen zu werden.

Das Ergebnis ist also, daß die Angabe des Stammkapitals die Erklärung enthält, der Wert des aufgebrachten oder aufzubringenden Vermögens komme dem Betrag des Stammkapitals mindestens gleich [53]); — gleichgültig, ob der Erklärende mit ihr diesen Sinn verbunden hat oder nicht.

Daß auch die Anschauung der Juristen in der Registeranmeldung des Stammkapitals eine Erklärung über den Wert des zusammengebrachten Vermögens erblickt, läßt sich bei einem Schriftsteller nachweisen, der die Haftung für Ueberbewertung mit der h. M. leugnet: bei Feine. Seite 59 erkennt er die Handelsregistererklärung nach französischem Recht (Art. 8 und 10), die hinsichtlich ihrer Form- und Inhaltsmerkmale von der deutschen in keinem wesentlichen Punkt abweicht, als Erklärung an, die den Wert der Sacheinlage angibt. Bei dem erwähnten Fehlen von Abweichungen müßte er für das deutsche Recht folgerichtig dasselbe annehmen.

Nach S. 89 gibt die ziffernmäßige Festlegung des Stammkapitals die Geldsumme der eingelegten Vermögenswerte an. Auf Sachgründungen bezogen, heißt das wohl: das Stammkapital gibt den Wert der Sacheinlage an.

Nach S. 93 (II) stellt die Einlage den in Reichsmark ausgedrückten Vermögenswert dar, der das Mindestrisiko des einzelnen aus-

[52]) Ausnahmen nach § 242 BGB; z. B. die Verwirkung: RG JW 1930, 1499/13; Stoll ebenda 2447 f.

[53]) Im Ergebnis ebenso Mot. 97 (AG betr.), E I 30, 40; Wiener Bd. 25, 17, 32 f., 55 f., 71, 73; Hachenburg 73 f.; Brodmann 291; Haux 20; vgl. auch Feine 102, 116, wo er ungenau vom Anschein eines zu hohen Stammkapitals redet. Aehnlich für die Frage des Ob der Haftung: RG 123, 107 mit Katalog der früheren Entscheidungen, wo eine Garantieerklärung bezüglich der Kapitalgrundlage angenommen wird. Für ungarisches Recht: Hajnal ZHR 95, 306.

drückt. Die hier zum Durchbruch kommende Vorstellung, daß eine Aussage über den Mindestwert vorliege, führt Feine aber nicht folgerichtig durch, wenn er im weiteren behauptet, daß der bei Sacheinlagen auf die Stammeinlage anzurechnende Geldwert der völlig freien Bestimmung der Gründer überlassen sei. Ist die nach außen angegebene Kapitalsziffer (Risikoziffer) eine Wertangabe, so wird die hiedurch übernommene Wertschuld — was Feine übersieht — nicht durch Leistungen erfüllt, die nach der Willkür des Schuldners und seiner Genossen bewertet werden. Denn es fehlt dann an der Identität der Wertbegriffe und damit an der nach § 362 Abs. 1 BGB erforderlichen Kongruenz von Leistungsprogramm und Leistungsgegenstand.

§ 4. Der Grund der Haftung.

I. Mitteilung eines Umstands. II. Rahmen einer Vertragsverhandlung. III. Person des Schuldners. IV. Beginn der Haftung. V. Person des Gläubigers. VI. Haftungsmaßstab. VII. Beweislast.

Es ist heute anerkannten Rechtes, daß nach Eintritt in Vertragsverhandlungen die eine Partei der anderen dafür haftet, daß sie beim Vertragsschluß Umstände, die erkennbar auf die Entschließung des anderen Teils über den Abschluß und die Gestaltung des Vertrags von wesentlichem Einfluß sind, schuldhaft verschweigt oder unrichtige Angaben über sie macht [54]) (cic). Unbestritten ist aber auch, daß für das vorliegende Problem die Verwertung einer festen Formel unmöglich ist; daß insbesondere für die Frage, wie der Kreis der anzuzeigenden Umstände abzugrenzen ist, eine generelle Formel sich nicht finden läßt, vielmehr alles auf den Einzelfall ankommt. [55])

Allgemein kann man sagen, daß das klassische circumvenire umsoweniger licet, je mehr die Verhandlungen ein Vertrauensverhältnis schaffen [56]). Andererseits ist darauf zu achten, daß bei gewagten, spekulativen Geschäften nicht der verlierende Teil in die

---

[54]) Dieser Rechtssatz ist vor allem vom RG entwickelt worden. Die Formulierung des Textes lehnt sich an an RG 107, 357 ff. und 114, 155. Neuestens vergl. ferner RG 105, 184; 106, 68; 107, 240; 108, 408; 116, 15; 120, 126, 250; 131, 358; RG JW 27, 1086/4 1516/2 und 1993/3; Warn 1926, 159. Aus dem Schrifttum: Jhering DogmJ 4, 5 ff; Planck-Siber 190 ff.; Stoll LZ 23, 532 ff.; von Tuhr ZivA 121, 359; Raiser ZivA 127, 19 ff.; Stoll JW 1927, 1086 und 2118; 1928, 1285. Im übrigen gut unterrichtend Steinberg 25 ff., 48 ff.

[55]) Stoll LZ 23, 548; Heldrich 55; Kreß 583.

[56]) RG JW 1912, 743/5; RG 88, 105; RG JW 1910, 243/33; JW 1927, 1516/2; Cosack 355.

Lage versetzt wird, seinen Schaden auf den klügeren oder glücklicheren Gegner mit der Begründung abzuwälzen, dieser habe ihm seine Vertragsauspizien mitteilen müssen [57]).

Jedoch sind Werturteile nicht schlechthin von der Anzeigepflicht ausgenommen; beruhen sie auf nur der einen Partei bekannten und leichter zugänglichen Tatsachenurteilen, so kann eine Anzeigepflicht schon in Frage kommen [58]).

I. Ist die Stammkapitalerklärung Mitteilung eines Umstands im Sinne dieser Rechtssätze?

Bei der Frage, ob ein Vertrag abgeschlossen werden soll, macht jede Partei ihre Entscheidung innerlich regelmäßig davon abhängig, daß der andere Teil vermögend genug ist, um die gegen ihn gerichteten Forderungen befriedigen zu können. Das gilt nicht nur bei den Kreditgeschäften, sondern auch bei den Handgeschäften [59]); denn auch hier können noch Forderungen aus Gewährleistung und Prozeßführung auftauchen. Somit hat ein Vertragslustiger stets ein Interesse daran, die Vermögensverhältnisse des Gegners kennen zu lernen. Dieses Interesse ist vom Gesetz in § 915 ZPO und anderen zivilprozessualen und konkursrechtlichen Bestimmungen, ferner gemäß Umkehrschluß aus § 1334 BGB anerkannt.

Daß die Angabe des Vermögenswertes keine reine Tatsachenanzeige ist, hindert nach den eingangs dargelegten Rechtssätzen nicht, daß für sie gehaftet wird. Denn das Beurteilungsmaterial, das den Subsumtionsgegenstand für das die Bewertung vollendende Werturteil bildet, ist tatsächlicher Art, und denen, die die Angabe machen, viel eher zugänglich als deren Empfängern.

Daß die Bewertung eine schwierige Angelegenheit ist, und eine im mathematischen Sinn richtige Lösung nicht existiert [60]), führt dazu, daß eben nur Grenzen festgestellt werden können, innerhalb deren die Wertangabe sich bei Verstoßvermeidung richtigerweise be-

---

[57]) RG JW 1916, 115/2; Recht 1919, 413.

[58]) Die Entscheidung der Frage, ob der abzuschließende Vertrag formbedürftig ist, beruht auf Tatsachenurteilen, nämlich der Kenntnis oder Nichtkenntnis feststehender Normen; ein Werturteil beantwortet dagegen die Frage, ob diese Normen auf den konkreten Vertrag anwendbar sind; die Formbedürftigkeit muß aber u. U. angezeigt werden. RG 107, 357; 114, 155; RG Warn 1926, 159.

[59]) Zu eng Fester 35.

[60]) Auch die mathematischen Berechnungen Schmalenbachs 1 ff. werden darauf keinen Anspruch machen. Die die Volkswirtschaftslehre bewegenden Wertprobleme (von Gottl.-Ottlilienfeld: der Wertgedanke usw.) schlagen hier nicht ein, da es sich dort um den typischen, hier um den in concreto erzielbaren Wert handelt.

wegen muß [61]). Auch ist die Beantwortung der Frage, ob die von einem Verhandlungspartner über sein Vermögen gemachten Angaben zutreffen, keine solche, die nach dem typisch-wirtschaftlichen Charakter des Verkehrsgeschäfts einfach zu lasten dessen ginge, zu dessen ungunsten sie ausschlägt. Es entspricht nicht der Sitte des Verkehrs, sich in diesem Punkte auf eigene Gefahr anlügen zu lassen.

Müssen danach schon physische Personen, wenn sie einem Vertragslustigen gegenüber falsche Angaben über ihr Vermögen machen, für den Schaden haften [62]) [63]), dann wird umsomehr gehaftet, wenn über das Vermögen einer — schon typischerweise unsicheren — GmbH falsche Angaben gemacht werden. Wenn das aufgebrachte Vermögen das Stammkapital nicht deckt, liegt aber nach dem in § 3 gesagten eine falsche Angabe vor.

II. Weiter fragt sich, ob die Erklärung innerhalb des Rahmens einer Vertragsverhandlung abgegeben wird [64]) [65]). In der Rechtsprechung und Lehre werden vorwiegend die Fälle erörtert, in denen zuerst die Handlung vorgenommen wird, die den Zustand der Vertragsverhandlungen begründet, und dann erst die gegen die Anzeigepflicht verstoßende Handlung folgt.

---

[61]) Ueber das Bewertungsproblem ist Rechtsprechung und Schrifttum zum Bilanzrecht, insbesondere zur Gewinnverteilungsbilanz heranzuziehen. Ueber die verschiedenen Bilanzlehren Hintner 228 ff. Ich bin mit Hintner von der Brauchbarkeit der Riegerschen (Privatwirtschaftslehre 1928) Formel: Vorausnahme des geldlichen Schicksals überzeugt (ohne die Erwägungen Brodmanns 169, 2 f. gering zu achten), kann aber Rieger und ihm nicht zugeben, daß dadurch eine Differenzierung der Bewertung nach dem Zweck der Bilanz (Liquidations-, Verschrottungs-, Gewinnermittlungs-, Gewinnverteilungsbilanz) ausgeschlossen sei. Die Feststellung des geldlichen Schicksals hängt doch davon ab, welches Schicksal der Bilanzierende den Gegenständen zu geben beabsichtigt. Der hienach möglichen Verschiedenheit der Schicksale entsprechen aber die verschiedenen Zwecke, die zu den verschiedenen Bilanzen führen. Ferner gilt z. B. für die Gewinnermittlungsbilanz der Grundsatz der Bilanzkontinuität in größerem Maße als für die — von § 30 Ges beeinflußte — Gewinnverteilungsbilanz.

[62]) Ueber die Haftung für solche unwahren Angaben: OLG 3, 39. Vgl. auch RG. 91, 37 und JW 1930, 3776 Spalte 1, wo die Angabe allerdings von einem Dritten ausging.

[63]) Soweit die Haftung zu Leistungen des schwachen Vertragsgegners selbst führen soll, scheitert sie natürlich meist an der exceptio caesarea, die diesem zusteht. Aber es können Anfechtungsrechte und Rücktrittsrechte bestehen und gegen ihn verwirklicht werden; sie unter „Haftung" zu begreifen, ist mit Rücksicht darauf, daß auch die rücktrittsähnliche Wandlung als Haftung bezeichnet wird (§§ 459, 462), zulässig. Vgl. Planck-Siber 196 Erl 5 a; über das auf Vertragsbeseitigung gerichtete Gestaltungsrecht als eine Form des Schadensersatzes vgl. Stoll ZivA 131, 167.

[64]) Diese Beziehung wird bezeichnet: von Stoll LZ 23, 544 als Organismus, von Raiser 126 nach Stammler als Sonderverbindung, von Herholz 276 als Rahmenbeziehung. Vgl. noch Stoll ZivA 131, 146 Anm. 9.

[65]) Daß es sich um eine in contrahendo abgegebene Erklärung handelt, ist angedeutet bei Fester 100.

Hier ist die Reihenfolge anders. Die unrichtige Mitteilung über das Vermögen erfolgt zu einer Zeit, zu der eine Beziehung zwischen der Gesellschaft und ihren dem Verkehr angehörenden zukünftigen Verhandlungspartnern noch nicht besteht. Greift die cic-Haftung auch hier Platz?

Erstens ergibt die der cic-Haftung zu Grunde liegende Interessenwertung: wer den zwischen sich und einem anderen bestehenden Zustand völliger ursprünglicher Unverbundenheit, völliger gegenseitiger Indolenz der beiderseitigen Rechtsphären beseitigt, in dem er durch eine Handlung einen besonderen Zustand schafft, vermöge dessen der andere veranlaßt wird, seine Interessen der Einwirkungsmöglichkeit des Handelnden zu exponieren [66]), — der haftet für Interessenverletzungen, die er vermeidbarerweise dem andern zufügt [67]).

Eine solche „Situation der Einwirkungsmöglichkeit" schafft man aber nicht nur dann, wenn man „in Vertragsverhandlungen eintritt", d. h. sich an einen „aktuellen" Vertragslustigen wendet, sondern auch dann, wenn man als geschäftlicher Unternehmer Angaben über sein Vermögen macht und sich damit an die Gesamtheit der „virtuellen" Vertragslustigen wendet. Die Möglichkeit, daß auf Gegenseite ein Vertragslustiger dem Erklärenden gegenüber zu Maßnahmen veranlaßt wird, mit denen er dann hereinfällt, ist in beiden Fällen gleich groß. Also ist auch die Haftung für das, was sich aus der die empfindliche Situation begründenden Handlung entwickelt, für die „Folgeakte" [68]), in beiden Fällen gleichmäßig angezeigt.

Diese Lösung für die zweite Gruppe von Fällen hat eine gesetzliche Analogie gerade so für sich wie die erste Gruppe. Stützt sich die erste Gruppe auf die Analogie der §§ 179 Abs. 2, 307, 309, 523 f., 600, 694 [69]) BGB, so die zweite Gruppe auf die des § 45

---

[66]) Müller-Erzbach ZivA 106, 410.

[67]) Ueber das Prinzip der Einwirkungstendenz: Heck Grdr 460; über die dabei gebotene Vorsicht Rümelin Gründe 57.

Das Prinzip ist m. E. schon von Planck-Siber 194 erkannt worden; nur glaubte Siber, ihm de lege lata Erheblichkeit nur dann zusprechen zu können, wenn er es zum Inhalt eines — nach § 305 BGB dem positiven Recht angehörenden — Innominatvertrags machte. Das Verdienst, das Prinzip aus der manchmal gekünstelten, manchmal unmöglichen Einzwängung befreit zu haben und als Fall der Verpflichtung durch einseitige Handlung erkannt zu haben, gebührt Stoll (LZ 1923, 544; JW 1928, 1285). Vgl. noch Heck Grdr 124.

[68]) Eine Parallele im Deliktsrecht: wer einen Kraftwagen stiehlt und damit fährt, haftet dem Eigentümer auch für die unterwegs ohne Verschulden eingetretenen Schäden; §§ 848, vgl. auch 287 BGB. Zu der ganzen Frage vgl. noch Roth 223, 230, 237.

[69]) Planck-Siber 190 ff., Stoll LZ 23, 537, Steinberg 16 ff., 21 ff.

BörsG [70]), wo die an die Allgemeinheit des Verkehrs gerichtete Erklärung früher erfolgt, als die Anbahnung des Einzelvertrags.

Zweitens: in den Vertragsverhandlungen, die nach Perfektion der Stammkapitalerklärung erfolgen, wird auf diese Erklärung, sofern nicht ausdrücklich nocheinmal auf sie hingewiesen wird, doch stillschweigend vom Gegner Bezug genommen, und vom anderen Teil wird nichts getan, um diese Bezugnahme auszuräumen. Wenn nach § 157 BGB die stillschweigende Bezugnahme auf vorausgegangene Erklärungen, Umstände, Konventionen, Geschäftsbedingungen für Verträge erheblich ist [71]), so muß dies auch für die Vertragsverhandlungen gelten. Gilt somit die Stammkapitalerklärung als nach Eintritt in die Vertragsverhandlungen erneut abgegeben, so stellt sich die zweite Fallgruppe als eine Unterart der ersten heraus.

Die gestellte Frage ist also zu bejahen.

III. Nach § 78 Ges erfolgt die Anmeldung durch die Geschäftsführer. Auf den ersten Blick erscheinen nur sie als Abgeber der Stammkapitalerklärung; ob sie hierin als Vertreter der GmbH handeln, ist zweifelhaft. Damit wäre die Erklärung entweder Leuten zugerechnet, die typischerweise die Gründung nicht verursacht haben und mit ihrem Schicksal weit loser (§ 38 Ges) verknüpft sind als die Gründer [72]). Oder sie wäre der Gesellschaft zugerechnet; für den Schaden aber, der durch falsche Angabe der gesellschaftlichen Vermögenskraft entsteht, wäre eben die GmbH eine schlechte Schuldnerin. Es fragt sich, ob nicht die Stammkapitalerklärung den Gründern in einer Weise zugerechnet werden kann, daß sie mit deren Rechtsfolgen zu belasten sind.

Die Geschäftsführer handeln schon bei der ersten Anmeldung in Erfüllung des Amts, das sie im gesellschaftlichen Organismus einnehmen [73]). Sie sind also im Sinne des § 831 BGB von einem anderen zur Verrichtung der Anmeldung bestellt [74]). Der gesetzgeberische Zweck des § 831 BGB ist, für Schädigungshandlungen des Bestellten den haften zu lassen, der die Frage zu entscheiden hatte, ob die Bestellung (und damit die Folgeschäden) stattfinden oder unterbleiben sollte [75]). Diesem erzieherischen Gesichtspunkt entspricht

---

[70]) Stoll LZ 23, 537 gegen Steinberg 20. Auch Nußbaum führt die Haftung auf die Erklärung des Prospekts zurück.

[71]) RG 58, 155; 79, 422; 105, 291; Staub § 346, 17 b; RGR § 157 S. 264; Hueck 36 und 47; Planck-Flad § 157, 3.

[72]) Bestenfalls wären sie im Verein mit „Sitzemittenten" (Nußbaum 191 f.) und „Sitzredakteuren" als „Sitzgründer" zu bezeichnen.

[73]) Brodmann 46, Feine 145.

[74]) § 6 Abs. 2 Ges spricht wie § 831 BGB von „Bestellung". Daß die Verrichtung in geschäftlichen Handlungen bestehen kann, sagt für die mittelbare Täterschaft RG JW 31, 204.

[75]) Planck-Greiff 1777 f.; Heck Grdr 444.

es, die Gründer persönlich haften zu lassen [76]). Um sich der Schadensersatzforderung gegenüber zu entlasten, müssen sie sich exkulpieren.

Zu ähnlichem Ergebnis führt die analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB: zeigt die subjektive Seite der Handlung bei dem, der die Erklärung mittelbar veranlaßt, ein Verschulden an, so muß er sich als schuldhaft Handelnder ansehen lassen [77]). Nur hat er nicht die Last des Exkulpationsbeweises. § 831 dürfte als speziellere Regelung Alleingeltung haben.

Zwar war in § 7 Abs. 3 des Entwurfs (RT 8. LP 1. Sess. 1890/92 Drucksache Nr. 660) vorgesehen, daß die sämtlichen Gesellschafter und die Geschäftsführer zusammen die erste Anmeldung zum Handelsregister zu bewirken hätten. Die Kommission strich die Gesellschafter, „da es nicht für erforderlich erachtet wurde, neben den Geschäftsführern auch noch die Gesellschafter mit der ..... Anmeldung ..... zu befassen" (Bericht 6). Offenbar wollte die Kommission und auch der Reichstag, der diese Aenderung kritiklos hinnahm, den ersten Gesellschaftern zur Erhöhung ihrer Bequemlichkeit eine Mühe abnehmen, nicht aber sie von einer etwa nach allgemeinen Grundsätzen begründeten Haftung für die Stammkapitalerklärung freistellen.

Die Haftung für die in contrahendo gemachten Angaben trifft also einen anderen als die GmbH, mit der das Geschäft nachher abgeschlossen wird. Daß eine solche Normierung mit dem Begriff der cic vereinbar ist, zeigt RG 120, 252 f.; von einer anderen Auffassung aus Stoll JW 28, 1286 II 4.

IV. Geeignet, die Haftung zu begründen, ist die Stammkapitalerklärung von ihrer rechtlichen Vollendung, also von dem Zeitpunkt an, an dem sie von Dritten zur Kenntnis genommen werden kann. Das ist nach ihrer Einreichung zum Handelsregister möglich [78]). Die Eintragung und Bekanntmachung bringen nur eine Verstärkung, nicht eine Vollendung der Erklärung [79]).

Der volle Tatbestand des Schadenersatzanspruches ist aber erst dann gegeben, wenn die GmbH eingetragen ist; denn vorher kann

---

[76]) Daß es mit der Logik des Gesellschaftsrechts vereinbar wäre, die Gesellschaft — übrigens nach §§ 31 oder 278 BGB — haften zu lassen, wird nicht bestritten. Es greift aber die spezifisch gesellschaftsrechtliche Erwägung Brodmanns AktR 24 ff. ein, daß, wo es zu haften gelte, die Haftung auf die Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit von Menschen gegründet werden solle. Dem trägt die Meinung des Textes Rechnung. Vgl. noch Müller-Erzbach DogmJ 73, 140.

[77]) Aehnlich RG 129, 349 für § 123 Abs. 2 BGB.

[78]) S. oben § 3 S. 24. RG 82, 378 f. und ständig; Ehrenberg Hdb 646; H. Meyer ZHR 81, 388 f.; 390 Anm. 47; J. v. Gierke HdR 133.

[79]) Man könnte die beiden Einrichtungen als einen „kaufmännischen Lautsprecher" bezeichnen.

sie [80]) nicht Vertragspartnerin und durch ihre Vermögenslosigkeit kein cic-Schaden erwachsen sein. Ist die GmbH eingetragen, so wird aber auch der Vertragsgegner geschützt, der die Stammkapitalerklärung nur im Anmeldungsstadium bei den Registerakten eingesehen hatte. Falsch ist also, daß die Stammkapitalerklärung erst mit der Eintragung nach außen rechtserheblich werde [81]).

Die von § 15 Abs. 2 HGB aufgestellte, abweichende Vorschrift über die Perfektion von handelsregisterlichen Erklärungen behandelt einen ganz anderen Tatbestand: dort handelt es sich nämlich nicht darum, den Erklärenden an seiner zugegangenen Erklärung festzuhalten, sondern darum, ob er eine in Wirklichkeit bestehende Tatsache geltend machen kann, genauer ob er den gegen sie sprechenden Rechtsschein durch eine als zugegangen fingierte Erklärung zerstört hat [82]). Aus § 15 kann also nichts gegen die hier vertretene Ansicht gefolgert werden. [83])

V. Aus den eingangs aufgestellten Rechtssätzen ergibt sich, daß die Haftung für die Registererklärung nur denen zugute kommt, die im Vertrauen auf die Richtigkeit der Erklärung kontrahiert haben [84]). Daß die Haftung sich nur auf Verkehrsgeschäfte, nicht auf den Erwerb eines Geschäftsanteils erstreckt, ergibt sich schon aus dem oben § 3 S. 18 gesagten, daß ein Anteilserwerber in der Stammkapitalangabe keine Erklärung über das Vermögen finden darf. Selbst wenn er es aber dürfte, so würde doch die Haftung abzulehnen sein, da sie — insbesondere bei der engen Verbundenheit der Gesellschafter — dem Grundsatz nemo plus juris etc. (§§ 413, 404 BGB) widerspräche [85]).

Zum Kreis derjenigen, die in dem erwähnten Vertrauen kontrahiert haben, gehören auch die, die ihre Vorstellung vom Wert des Gesellschaftsvermögens erst dadurch erhalten haben, daß sie den

---

[80]) Unter GmbH wird hier nur die fertige GmbH bezeichnet.

[81]) Dazu neigt die Anhängerschaft der Gierkeschen Theorie der realen Verbandspersönlichkeit (Lit bei Feine 172 Anm. 23). Anstatt die interne Erklärung von der durch sie eben nur motivierten externen zu unterscheiden (deutlich RG 82, 377 ff.; Müller-Erzbach RGPraxis 2, 175), nimmt sie einen „sozialrechtlichen Konstitutivakt" an, dessen innere Seite „jedenfalls mit der Eintragung" (Feine 174) durch den Gesamtwillensakt „absorbiert werde" (Feine 173, 177). Ueber die Unhaltbarkeit solcher „Begriffsvertauschung": Heck Grdr 475 f. Ueber die Abwegigkeit von einem anderen Gesichtspunkt ausgehend, ebenfalls zutreffend: Schönfeld DogmJ 75, 354 ff., 364 ff. (anscheinend anders RG Praxis 203). Daß die Gierkesche Theorie unzutreffend ist, zeigt deutlich die darauf beruhende Polemik Brodmanns 14 gegen die richtige Entscheidung RG 123, 103 ff.

[82]) H. Meyer aaO 385, Ehrenberg DogmJ 61, 490.

[83]) Es wird also dem Handelsregister kein positiver öffentlicher Glaube beigelegt. Zu weitgehend Rauch 532.

[84]) So für einen ähnlichen Fall (OHG betr.) RG 76, 441.

[85]) Uebrigens sind die Fälle, daß die Gesellschaft selbst Geschäftsanteile veräußert, selten.

günstigen Eindruck, den die Anmeldung usw. auf andere machte, beobachteten und deuteten [86]).

VI. Der Haftungsmaßstab bestimmt sich, da es sich bei den Verkehrsgeschäften um Typen handelt, bei denen sich die Haftung nach § 276 BGB bestimmt, grundsätzlich ebenfalls nach dieser Vorschrift [87]).

VII. Nach dem gesagten steht fest, daß, wer in contrahendo Angaben macht, sie wahrheitsgemäß machen muß [88]). Wird ihm die Erfüllung dieser Pflicht schuldhaft unmöglich, so ist er schadensersatzpflichtig. Es fragt sich, wer die einzelnen Tatbestände zu beweisen hat.

Da die Beweislastnormen ein für allemal im Voraus bestimmt sind, muß das Normierungsproblem unter Abwägung der typischen Interessen [89]) generell gelöst werden. Zu veranschlagen sind drei Indikationen [90]). Erstens: welcher Zustand oder Verlauf entspricht der Lebenserfahrung [91])? Zweitens: welcher Partei fällt die Beweisführung leichter [92])? Drittens greift der prozessuale „Schuldnervorzug" [93]) ein: wer eine Forderung geltend macht, soll die Beweislast haben.

Daß in contrahendo eine Angabe über das Vermögen gemacht wird, ist nach der Lebenserfahrung keine Selbstverständlichkeit. Ferner: wer sich auf die Angabe beruft, hat etwas positives zu beweisen, tut also leichter, wie der, der sie bestreitet und somit etwas negatives zu beweisen hätte. Die Beweislast ist also dem Gläubiger aufzuladen; für ihn streiten dann die §§ 12 HGB, 415 f. ZPO. Ist der Beweis geführt, so ist die Wahrheitspflicht evident.

Unmöglichkeit der Pflichterfüllung liegt vor, wenn die Stammkapitalerklärung falsch war und bis zum Vertragsschluß eine Richtigstellung nicht erfolgt ist. Denn dann ist das gläubigerische Anzeigeinteresse [92]) endgültig vereitelt [93]).

---

[86]) Wiener Bd. 25, 66; Nußbaum 195.

[87]) Planck-Siber 195, 328; Heck Grdr 124; Steinberg 103 ff.; vgl. unten § 7 II.

[88]) S. oben I; RG 83, 241; Siber DogmJ 70, 245 spricht in solchen Fällen von einem Rechtsgrundsverhältnis; Heck Grdr 246 von einem rudimentären Schuldverhältnis.

[89]) Meyer Publ 84. Vgl. zu der ganzen Frage: Rümelin ZivA 131, 238.

[90]) Das Prinzip Rosenbergs 1. Aufl. § 116 I 2: Beweislast für die der Partei günstigen Normen, ist nur eine Beschreibung. Denn jede Norm kann doppelt formuliert werden. Ist eine Formulierung dem Kläger günstig, so ihr konträrer Gegensatz dem Beklagten.

[91]) Planck-Siber § 282, 1 S. 248.

[92]) Einen verwandten Gesichtspunkt betont RG 128, 125.

[93]) Heck Grdr 7.

[92]) Nämlich an der Anzeige der Wahrheit; vgl. das schon von Staub erörterte Bilanzbeispiel Planck-Sibers 188.

[93]) Planck-Siber 20; Heck Grdr 93.

Zu der Frage, ob die — ja aus dem Gesellschaftsvertrag ersichtlichen — Sacheinlagen den erklärten Wert gehabt haben, mag die Beweislast beiden Parteien gleich leicht fallen. Für die Beweislast des Gläubigers spricht aber einmal, daß die Unmöglichkeit, auch die (so in vorliegendem Falle) infolge Ablaufs der Erfüllungszeit eingetretene, nach der Lebenserfahrung nicht im natürlichen Verlauf der Dinge liegt, mit anderen Worten, daß sie etwas anomales ist. Zweitens führt der Gesichtspunkt des Schuldnervorzugs dazu, den Gläubiger, der eine ihm angeblich neu erwachsene Schadensersatzforderung geltend macht, sie auch beweisen zu lassen. Die hienach sich ergebende Beweislast des Gläubigers entspricht allgemeinen Grundsätzen [94]).

In der Schuldfrage spricht zwar vielleicht nicht die erstgenannte, wohl aber die zweitgenannte Indikation für die Beweislast des Schuldners. Der Schuldner kann die seinem Lebensgebiet angehörenden Vorgänge und Verhältnisse, auf die es ankommt, im Prozeß besser heranziehen. Dem gegenüber hat der Gesichtspunkt des Schuldnervorzugs, da er nur subsidiär ist [93]), keine Bedeutung. Da es sich nach dem oben gesagten um Unmöglichkeit handelt, ergibt sich auch hier die Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen. Dabei kann die spezielle Frage, ob nach ihnen Unmöglichkeit außerhalb oder innerhalb des Verzugs [95]) vorliegt, dahingestellt bleiben, da im ersten Falle die Beweislastregel des § 282, im zweiten Fall die der §§ 285, 287 Satz 2 BGB anzuwenden wäre, der Schuldner also in beiden Fällen die Beweislast hätte [96]).

§ 5. Die Art der Haftung.

I. Die Unanwendbarkeit der hergebrachten Rechtsscheintheorie. II. Der ihr zugrundeliegende legislative Gedanke. III. Die Analogie. IV. Römisches Recht. V. Englisches Recht.

Allgemein anerkannt ist: Eine für die Allgemeinheit bestimmte, in diesem Sinn öffentliche Erklärung hat eine selbständige juristische Bedeutung; wer sie in handelsüblicher Weise abgibt, muß sich gefallen lassen, daß jeder Dritte ihren Inhalt für richtig hält. [97])

[94]) Planck-Siber § 282, 1.

[95]) Ueber diesen Gegensatz: Planck-Siber 179; dessen eigene Stellungnahme 181.

[96]) Ebenso im praktischen Ergebnis: RG JW 1920, 851. Anders Steinberg 131.

[97]) Ehrenberg Hdb 645, woselbst Anm. 3 Literaturangaben; J. v. Gierke HdR 133; Obergericht Wien JW 1931, 100. Ob mit der weitergehenden Formel RG 130, 99: jeder muß seine Handlungen so gegen sich gelten lassen, wie der andere sie auffassen durfte, sich eine Neuerung anbahnt, bleibt abzuwarten. Die — aus anderen Gründen unzutreffende — Entscheidung hätte sich auch ohne diese weitgehende Formulierung begründen lassen.

Demgemäß kann niemand die Unrichtigkeit einer Eintragung im Handelsregister geltend machen, die er selbst veranlaßt hat [98]). Das bedeutet, daß für die Wahrheit, nicht „bloß" für die Unschädlichkeit der Registererklärung gehaftet wird.

I. Diese Haftung für eine dem Verkehr gegenüber abgegebene unrichtige Erklärung ist in Rechtsprechung und Schrifttum hauptsächlich für die Fälle untersucht und bejaht worden, wo es möglich ist, dem Empfänger und dem Abgeber der Erklärung genau die gleiche Stellung zu geben, die sie hätten, wenn die Erklärung richtig wäre. Das Vertrauen des Gläubigers wird in diesen Fällen dadurch geschützt, daß die kundgegebene „Tatsache" in den Normierungsinhalt des Rechtsgeschäfts eingeht. So wird z. B. derjenige, der kundgegeben hat, Vollmachtgeber zu sein, als Vollmachtgeber Vertragsteil des daraufhin abgeschlossenen Geschäfts. Wer erklärt hat, offener Handelsgesellschafter zu sein, wird als Gesamtschuldner vertragsbeteiligt.

Eine solche „unmittelbare Rechtsscheinwirkung" kann an die Stammkapitalerklärung nicht geknüpft werden. Die genannte Erklärung bezieht sich auf die Leistungsfähigkeit der vertragsschließenden Gesellschaft. Deren Vermögen in seinem jeweiligen Stand ist tatsächliche Zugriffs- und Opfergrenze [99]) für die ihr obliegenden Leistungen. Diese, der Welt des Körperlichen angehörende Grenze, kann nicht dadurch zu Gunsten des auf die Angabe vertrauenden Gläubigers geändert werden, daß man durch eine — nur in der Welt des Geistes wirksame — Fiktion anordnet, dem Schuldner komme dem Gläubiger gegenüber die Stellung zu, die er hätte, wenn die Erklärung richtig wäre [100]). Wo nichts ist, hat der Kaiser das Recht verloren. Das gilt sowohl dann, wenn man die Stammkapitalerklärung der Gesellschaft, als auch wenn man sie den Gründern zurechnet.

II. Es fragt sich, ob der legislative Gedanke, der der „unmittelbaren Rechtsscheinwirkung" zu Grunde liegt, nicht auch für die Fälle besteht, wo diese unmittelbare Wirkung logisch unmöglich ist.

Denkt man sich einmal die Theorie der „unmittelbaren Rechtsscheinwirkung" als nicht bestehend, so würde die Haftung für die von

---

[98]) H. Meyer ZHR 81, 387; Ehrenberg aaO. Ebenso das ROHG (z. B. 24, 320) und das RG (zuletzt 123, 102 und JW 30, 3764/25 mit Aufzählung der früheren Entscheidungen, aus denen RG 82, 276 ff. hervorzuheben ist). Vgl. noch RG JW 1930, 2665 Spalte 1. Uebersicht bei Fester 66 ff.

[99]) Heck Grdr § 28, 4; vgl. noch Planck-Siber § 279, 2 c δ.

[100]) Praktische Wirkung könnte eine solche Reichtumsfiktion nur da äußern, wo die Leistungsfähigkeit des Schuldners nur Tatbestandsmerkmal ist: so, wenn es sich um die Wucherlichkeit einer Vertragsstrafe oder um die Kompetenzeigenschaft eines Vollstreckungsgegenstandes handelt. Vgl. RG 129, 53 f. (freie Aufwertung betr.) und dazu die Warnung Brodmanns JW 1931, 40.

ihr erfaßten Erklärungen sich nur nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts richten. Nun handelt es sich bei diesen Erklärungen nicht um Willenserklärungen, — denn sie bezeichnen keinen Rechtserfolg als gewollt [101]) —, sondern um bloße Tatsachen- oder Umstanderklärungen [102]). Solche Erklärungen können im bürgerlichen Recht, soweit sie nicht speziellen Regeln unterliegen (§§ 149, 170 f., 174, 259 u. a. [103]), nur nach den Rechtssätzen der cic haftbar machen. Zu ersetzen wäre der Schaden, den der Gläubiger dadurch erlitten hat, daß er auf die Richtigkeit der Erklärung vertraute (negatives Interesse) [104]). Das positive Interesse würde der Gläubiger nur dann verlangen können, wenn es ihm gelungen wäre, bei Erfüllung der Anzeigepflicht einen entsprechend günstigeren Vertragsinhalt herauszuschlagen [105]).

Das, was die mit „unmittelbare Rechtsscheinwirkung" verknüpften Tatsachen- und Umstandserklärungen vor der großen Masse ihrer Schwestern auszeichnet, die sich nur nach bürgerlichem Recht beurteilen, ist nun nicht etwa das, daß nur bei den ersteren es logisch möglich wäre, die „unmittelbare Rechtsscheinwirkung" an sie anzuknüpfen. Das wäre auch bei solchen Erklärungen möglich, die sich nur nach bürgerlichem Rechte beurteilen. Ein schuldhaft über die Form falsch unterrichtender Käufer könnte z. B. logischerweise sehr wohl so behandelt werden, als ob die Form erfüllt wäre.

Der Grund für die Bevorzugung der erstgenannten Gruppe liegt vielmehr darin, daß es sich um an die Allgemeinheit des Verkehrs gerichtete Erklärungen handelt. Würde eine solche Erklärung nur das negative Interesse nach sich ziehen, so würden zahllose Geschäfte mit der Vereitlung der Interessen, die der Erklärungsempfänger durch das Geschäft erzielen wollte, enden [106]).

Der dem Handelsverkehr eigentümliche Massenbetrieb [107]) würde also empfindlich gestört. Der Kaufmann, der neue Geschäfte disponieren soll, muß sich darauf verlassen können, daß die alten Ge-

---

[101]) Wellspacher 83 ff., Fester 61, Riezler 12, Meyer aaO 376 Anm. 19, Oertmann 468. Auch vom RG wird der Unterschied erkannt; vgl. Fester 66 ff. und neuestens die Problemstellung RG 128, 174. Leider besteht vielfach die Neigung, in die Tatsachenerklärung eine konkludente Willenserklärung hineinzuinterpretieren: so für die Vollmacht Enneccerus § 171 Anm. 10; Düringer-Hachenburg-Geiler Anm. 41 vor § 48; Brodmann bei Ehrenberg IV 7 S. 118; für die OHG: RG 40, 146 f., für die Erklärung, Aktionär zu sein: RG 41, 17.

[102]) Die Willenserklärung ist rechtsbegründend; die Tatsachenerklärung u. U. rechtsscheinbegründend; Meyer aaO 374 f.

[103]) Vgl. den Katalog bei Fester 61 f.

[104]) Jetzt herrschende Meinung: RG 103, 51 und von da an (ausgenommen RG 107, 361 — a. M. Steinberg 77) ständig; anders noch RG 95, 58. Planck-Siber 195; Stoll LZ 23, 546; Raiser 16; Heldrich 54.

[105]) RG 103, 51; Heck Grdr 124.

[106]) Vgl. Wellspacher 84 für den analogen Fall der Anfechtung.

[107]) Heck ZHR 92, 456.

schäfte, die dem äußeren Anschein nach [108]) einen Gewinn versprechen, ihn auch wirklich bringen. Es genügt ihm nicht, wenn er mit dem negativen Interesse, also „mit einem blauen Auge" aus dem alten Geschäft herausgeht. Die Anerkennung der Bedürfnisse des Massenbetriebs ist es also, die dazu geführt hat, daß für die Richtigkeit, nicht bloß für die Unschädlichkeit [109]) gehaftet wird. Gewährt man dem Erklärungsempfänger diese „unmittelbare Rechtsscheinwirkung", so entzieht man zugleich dem Erklärenden die Spekulationsmöglichkeiten, die die Gewährung bloß des negativen Interesses ihm bieten würden [110]).

III. Ist es zwar nach dem zu I ausgeführten logisch unmöglich, an die Stammkapitalerklärung eine „unmittelbare Rechtsscheinwirkung" anzuknüpfen, so ist es doch logisch möglich, die Gründer dem Gesellschaftsgläubiger den Schaden ersetzen zu lassen, den dieser insoweit erleidet, als er seine aus dem Verkehrsgeschäft hervorgegangenen Forderungen an die Gesellschaft wegen der von den Gründern verschwiegenen Unterwertigkeit des Gesellschaftsvermögens nicht befriedigen kann.

Gewährt man dem Gläubiger diesen Schadenersatz, den man als das positive Interesse bezeichnen kann, nicht, so tritt keine geringere oder weniger zu mißbilligende Vereitlung seiner Vertragsinteressen ein, wie die zu II für den Fall der Versagung der „unmittelbaren Rechtsscheinwirkung" dargelegte. Andererseits wird die Vereitlung hier durch die Gewährung des positiven Interesses ganz oder fast gerade so hintangehalten, wie dort durch die Gewährung der „unmittelbaren Rechtsscheinwirkung". Die logische Unmöglichkeit, in diesen Fällen die „unmittelbare Rechtsscheinwirkung" anzuordnen, darf also nicht dazu führen, sich auf den Standpunkt „alles oder nichts" zu stellen und dem Gläubiger „nichts", d. h. nur das negative Interesse zu gewähren. Man muß vielmehr die logisch mögliche Remedur anwenden und ihm im Interesse des Massenbetriebs das positive Interesse zuzusprechen [111]) [112]).

---

[108]) Derselbe 444, 459. Das zu Grunde liegende Interesse ist ähnlich dem, das Heck Sachenrecht 14 als Kontinuitätsinteresse bezeichnet.

[109]) Die zu Grunde liegenden Interessen werden auch durch das Wort des westfälischen Industriellen Emil Kirdorf gekennzeichnet: Ein Kaufmann muß verdienen, sonst hat er seinen Beruf verfehlt.

[110]) Gradenwitz, Anfechtung und Neurecht beim Irrtum (1902).

[111]) Daß in der hier erwähnten Weise für cic gehaftet werde, hält schon Fester 100 für möglich, ohne aber die hier gestellten Probleme zu erwähnen. Ueber den Rechtsschein als Grund der Schadensersatzhaftung vergl. noch Oertmann ZHR 95, 480. Die Haftung für cic auf das positive Interesse braucht also im Bereich des Massenbetriebs nicht (wie Krückmann DogmJ 59, 324 will) auf eine Bestrafung des Erklärenden zurückgeführt werden.

[112]) Dieses Ergebnis wird noch gestützt durch den allgemeinen Gedanken, der im Verbot der Aufrechnung (§ 19 Ges) und der Unterpariemission (Hachenburg 73) zum Ausdruck kommt. Vgl. RG 131, 143.

IV. Das klassische römische Recht kannte eine cic-Haftung nicht allgemein. Soweit es aber eine mit der heutigen cic-Haftung vergleichbare Haftung kannte, nämlich die mit der actio empti bei arglistigem Verschweigen von Rechts- und Sachmängeln (Dig 19, 1, 1, 1; 13, 14 u. a.) [113]), ging sie auf das positive Interesse. Dasselbe gilt von den Vertragsklagen, die Justinian bei cic ohne Rücksicht auf die Gültigkeit des Vertrags gewährte [114]).

Diese Haftungsregelung wird heute meist als eine verfehlte Rechtsbildung angesehen. Es erscheint aber nicht ganz unzweifelhaft, ob sie nicht bewußt mit Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse so getroffen wurde. Gerade für das klassische Recht, das — wegen der allgemein vorhandenen Geschäftstüchtigkeit [115]) — ein besonderes Handelsrecht nicht kannte, läge eine solche Vermutung nahe. Die zu II erkannte Interessenwertung wäre dann schon im römischen Recht wirksam gewesen.

V. Der Gedanke, daß bei tatsächlichen Erklärungen nicht bloß für die Unschädlichkeit, sondern für die Richtigkeit gehaftet wird, hat im englischen Recht Verwirklichung gefunden durch das Institut des „estoppel by representation" oder „misrepresentation": wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr bestimmte Angaben macht und dadurch bei einem anderen die Vorstellung von dem Bestehen bestimmter Tatsachen oder Rechtsverhältnisse erregt, muß diese Angaben ihm gegenüber fürderhin gegen sich gelten lassen [116]). Wird die Tatsache nicht ausdrücklich erklärt, so spricht man von „estoppel by conduct" [117]).

Gleichheit besteht zwischen dem englischen Recht und der hier für das deutsche Recht gefundenen Lösung insofern, als die estoppel-Wirkung nicht nur zu einer „unmittelbaren Rechtsscheinwirkung" führen kann [118]), sondern auch zu einer Schadensersatzhaftung auf das positive Interesse [119]).

Dagegen geht das englische Recht über das deutsche hinaus, wenn es die „unmittelbare Rechtsscheinwirkung" oder das positive In-

---

[113]) Siber RöR 173. Die daneben bestehende Deliktshaftung mit der actio de dolo hat mit der heutigen cic zu wenig Verwandtschaft, um eine Vergleichung zu rechtfertigen.

[114]) Heldrich 3 ff.

[115]) Heck ZivA 92, 462.

[116]) Everest and Strode 's Law of estoppel (2 nd ed. London 1888), 325; Lord Eldon im Falle Evans versus Bicknell (1801), Vesey Jun 's Rep., Chancery 6, 173; Schuster, Der englische Aktienschein 331; Wellspacher 68, 117 ff.; Riezler 59 ff.; Ehrenberg 645 Anm. 5; H. Meyer JhR 81, 389.

[117]) Riezler 97.

[118]) Daher zu eng oder mindestens mißverständlich Meyer aaO 389.

[119]) Riezler 94 f. Wenn ich dessen Ausführungen 69 f. richtig verstehe, hat der Gläubiger sogar u. U. die Wahl zwischen positivem und negativem Interesse.

teresse schon dann zuspricht, wenn die Tatsachen- usw. Erklärung nicht an die Allgemeinheit des Verkehrs, sondern an einen einzelnen Empfänger gerichtet ist. In solchen Fällen gewährt das deutsche Recht neuerdings nach den Grundsätzen der cic nur das negative Interesse. Wer durch Offenliegenlassen von Stempeln — also nicht öffentlich — den Schein produziert, eine — an einen Geschäftsfreund gelangende — Urkunde sei von ihm ausgestellt, der haftet nach englischem Recht nach dem Inhalt der Urkunde [120]), nach deutschem nur auf das negative Interesse [121]).

Dieser Unterschied ist dadurch zu erklären, daß das englische Recht einen stärkeren kommerziellen Einschlag hat als das deutsche [122]). Schützt der Deutsche das Interesse des Kaufmanns am Verdienen erst, wenn infolge der Oeffentlichkeit der unrichtigen Erklärung eine Massenkalamität droht, so der Engländer schon, wenn auch nur ein einziger geschädigt werden könnte.

§ 6. Die Naturalrestitution.

I. Die Schadensermittlung. II. Der Leistungsempfänger. III. Die Konkurrenz der anderen Gesellschaftsgläubiger. IV. Verhältnis zur aktienrechtlichen Gründer- und zur Prospekthaftung.

Nach dem oben (§ 5) ausgeführten sind die Gründer verpflichtet, den Gesellschaftsgläubigern den Schaden zu ersetzen, den diese insoweit erleiden, als sie wegen der ihnen von den Gründern verschwiegenen Unterwertigkeit des Gesellschaftsvermögens ihre Geschäftsforderungen nicht befriedigt erhalten. Die Feststellung des Schadens ergibt sich aus der Differenz-, genauer Additionshypothese [123]): der oder die Gläubiger müssen so gestellt werden, wie sie stehen würden, wenn bei der Gründung Werte eingebracht worden wären, die dem Geldbetrag des Stammkapitals gleichgekommen wären. Es handelt sich um die Ersetzung der Unvollständigkeit des Gesellschaftsvermögens als des den Gläubigern offenstehenden Zugriffsobjekts. Folgende Probleme sollen erörtert werden.

I. Die Schadensersatzleistung und derjenige Vermögensbestand, wie er infolge der Ueberwertung nun einmal tatsächlich ist oder geworden ist, sind einander komplementär. D. h. sie müssen zusammen den hypothetischen Vermögensbestand ergeben, der bestände, wenn zu Beginn ein der Wertangabe entsprechender Wert vorhanden gewesen wäre.

---

[120]) Riezler 63.
[121]) RG JW 27, 262.
[122]) Heck ZivA 92, 462; vgl. Müller-Erzbach Grünhuts Z 36, 232 und 245.
[123]) Heck Grdr 37.

Wie groß der tatsächliche Vermögensbestand ist, zeigt sich erst in der Zwangsvollstreckung. Die Höhe des hypothetischen Vermögensbestandes ist, insbesondere wenn die Gesellschaft schon einige Zeit gedauert hat, nicht immer genau um so viel größer wie der tatsächliche Vermögensbestand, als die Ueberbewertung beträgt. Der Unterschied kann kleiner sein, z. B. wenn die überbewerteten kolonialen Ländereien vom Feind auch dann weggenommen worden wären, wenn sie den angegebenen größeren Wert gehabt hätten. Er kann aber auch größer sein: so wenn die Gesellschaft, etwa infolge des durch die Ueberbewertung gegebenen Mißverhältnisses zwischen Vermögen und Betrieb, sich schon von Anfang an auf der schiefen Ebene befindet und durch Anstöße ins Rollen kommt, die bei normaler Gründung ihr nichts hätten anhaben können, und dabei ihr Vermögen vollends verliert. Die hiemit verbundenen Beweisschwierigkeiten sind gemildert, wenn man als prima facie bewiesen ansieht, daß der Unterschied dem Betrag der Ueberbewertung gleichkommt.

II. Schadensersatzberechtigt sind u. U. viele Gläubiger; ihrer Vielzahl ist der Schuldner verpflichtet, die Vermögensangabe einmal wahrzumachen. Er muß also die erwähnte komplementäre Leistung nicht an jeden besonders, sondern ein für allemal machen. Die mehreren Gläubiger stehen in Konkurrenz [124]); und wenn der Schuldner an einen von ihnen zuviel leistet, so macht ihn das den andern gegenüber nicht frei, da damit noch nicht feststeht, daß diese andern auch bei der Zwangsvollstreckung in das hypothetische Gesellschaftsvermögen leer ausgegangen wären. Da ferner der Gläubiger an der Größe des ihm offen stehenden Zugriffsobjekts geschädigt ist, würde eine Leistung, die in einer Zahlung an ihn besteht, dem Ideal des § 249 BGB weniger entsprechen, als die Herstellung des Zugriffsobjekts. Nach § 249 geht also die Ersatzforderung des geschädigten Gläubigers dahin, daß die schuldigen Gründer den Schadensbetrag an die Gesellschaft zahlen [125]).

Sind der geschädigten Gläubiger nur wenige, so kann es für die schadensersatzpflichtigen Gründer billiger sein, diesen ihren Schaden durch unmittelbare Zahlung zu ersetzen und die Gesellschaft schleunigst zu liquidieren, als den ganzen Betrag der Ueberbewertung einzuzahlen und ihn damit der Mehrheitsherrschaft insolventer Mitgesellschafter zu unterwerfen. Man wird ihnen also das Recht geben müssen, die Gläubiger in dieser Weise abzufinden. Gegen die nichtabgefundenen Gläubiger hat das keine Wirkung.

III. Diejenigen Gläubiger der Gesellschaft, die die Ueberbewertung gekannt haben, haben nach dem oben (§ 5) ausgeführten kei-

[124]) Aehnliche Fälle s. RG 84, 125; 91, 334; 94, 17. Vgl. dazu Heck Haverei 566 ff. 572 ff; Müller-Erzbach RGPraz 2, 167 f.

[125]) Vgl. Colmar OLG 12, 448.

nen Anspruch darauf, daß das Gesellschaftsvermögen validiert. Dennoch haben, da die Schadensersatzleistung zu einer Zuwendung, insbesondere zu einer Uebereignung an die Gesellschaft führt, auch diese Gläubiger die Möglichkeit, von der Validierung des Gesellschaftsvermögens zu fruktifizieren. Es ist zu prüfen, ob sie ungerechtfertigt bereichert werden.

Wer mit einer Gesellschaft, von der er weiß, daß sie übergründet ist, einen Vertrag abschließt, wird dies dennoch in der Erwartung tun, für seine Forderung befriedigt zu werden; die Lebensbeobachtung ergibt nicht, daß er ein à fonds perdu Geschäft machen will. Man denke z. B. an einen Arbeitnehmer, der einen besseren Arbeitgeber als die Gesellschaft eben nicht findet. — Die Rechtsordnung wird daher seinen Erwerb nicht mißbilligen dürfen, auch wenn er aus der Schadensersatzleistung der Gründer stammt. Suum recipit.

Die Interessen der „redlichen", d. h. die Ueberbewertung nicht kennenden Gläubiger stehen nicht entgegen. Diese Gläubiger sind nie davor sicher, mit anderen neuen Gläubigern in Konkurrenz treten zu müssen; denn man kann keinen Schuldner hindern, neue Schulden zu machen. An dem Umfang des ihnen hierdurch auferlegten Risikos verschlägt es wenig, daß auch „unredliche", d. h. die Ueberbewertung kennende Gläubiger zum Zuge kommen können. Bei Kollusion ist § 826 BGB anwendbar; die Kollusionsgefahr braucht also nicht dazu zu führen, das Kind mit dem Bade auszuschütten und den „unredlichen" Gläubigern den Schutz schlechthin zu versagen.

Den Gründern endlich kann es gleichgültig sein, wem die von ihnen an die Gesellschaft bezahlten Beträge letzten Endes zugutekommen. Ihr Interesse ist damit erledigt, daß sie frei geworden sind. In dem besonderen Fall, daß die Zahlung der ganzen Bewertungsdifferenz zur Befriedigung der „redlichen" Gläubiger nicht erforderlich ist, mögen sie den „unredlichen" die Befriedigungsmöglichkeit dadurch abschneiden, daß sie an die einzelnen „redlichen" Gläubiger unmittelbar zahlen. Erkennen sie diese Chance nicht, oder erscheint ihnen dieses Verfahren nicht sicher genug, so tritt allerdings eine „Ueberschadensbeseitigung" [126]) ein, ohne daß eine Ausgleichung stattfände. Aber es ist besser, die schuldigen Gründer etwas „zuviel" bezahlen zu lassen, als ihre Schadensersatzpflicht, die doch dem Grunde nach sicher zu bejahen ist, an der technischen Undurchführbarkeit einer die „unredlichen" Gläubiger schlechthin ausschließenden Naturalrestitution scheitern zu lassen [127]).

---

[126]) Fischer 178, 221 f., 248 ff.

[127]) Eine solche ausschließende Naturalrestitution ließe sich de lege ferenda durch ein kompliziertes Normensystem vielleicht nach dem Vorbild des § 861 ZPO einführen.

IV. Das Ergebnis deckt sich mit § 203 HGB in mehrfacher Hinsicht: beidemal führt die Haftung aus einer an den Verkehr gerichteten Erklärung dazu, daß an die Gesellschaft gezahlt wird; beidemal ist das zu ersetzen, was die Gesellschaft hätte, wenn die Wertangabe zugetroffen hätte; beidemal kommt es nicht darauf an, ob von der Schadensersatzleistung auch solche Gläubiger fruktifizieren, die die Ueberbewertung gekannt haben. Ein Unterschied besteht darin, daß im Aktienrecht Böslichkeit erfordert wird. Die weitherzige Auslegung dieses Begriffs [128]) führt aber zu einer Verringerung des Unterschieds.

Mit der Haftung aus § 45 BörsG besteht eine Aehnlichkeit insofern, als dort anerkannt ist, daß eine Schädigung der einzelnen Gläubiger oft dadurch wettgemacht ist, daß eine Entschädigungsleistung an die Gesellschaft erfolgt [129]). Daß daneben ein besonderer Anspruch auf unmittelbare Leistung an den Gläubiger weiterbestehen kann, kommt u. a. daher, daß nach § 45 BörsG das negative Interesse, und zwar ohne Beschränkung auf den Betrag des positiven, zu ersetzen ist [130]).

2. Abschnitt: Die Haftung im Innenverhältnis.

§ 7. Der Grund der Haftung.

I. Cic-Haftung bei Abschluß des Gründungsvertrags. II. Der Haftungsmaßstab. III. Das Verhältnis des internen zum externen Haftungsgrund.

I. Wie schon früher ausgeführt wurde, erachtet die neuere Rechtsprechung und Lehre eine nach Vertragsrecht zu beurteilende Haftung für cic für gegeben, wenn eine Partei Umstände, von denen sie sich sagen mußte, daß sie für den Willensentschluß des Vertragsgegners von wesentlicher, über die Gegeninteressen der einen Partei überwiegender Bedeutung seien, schuldhaft verschweigt oder darüber unrichtige Angaben macht [131]). Das Vertrauen, das die Vertragslustigen, wenn anders eine ersprießliche Vertragsverhandlung nicht unterbunden werden soll, zueinander haben sollen, soll geschützt werden [132]).

---

[128]) Brodmann AktR 115.

[129]) Ebenda 119; Nußbaum 201.

[130]) Vgl. Nußbaum 199.

[131]) S. oben § 4 Anm. 54—57; die Formel des Textes lehnt sich an RG JW 1927, 1087; RG 114, 159 an. Aehnliche Gedanken schon bei Wiener Bd. 25, S. 27.

[132]) S. oben Anm. 56.

II. Schließen mehrere einen Gesellschaftsvertrag ab [133]), so ist hienach jeder Vertragsbeteiligte verpflichtet, hinsichtlich der von ihm einzubringenden Gegenstände falsche Angaben über deren Wert zu unterlassen, sofern das der Bewertung zu Grunde liegende Tatsachenmaterial ihm besser zugänglich ist wie den anderen Vertragsbeteiligten und diese sich erkennbar auf dessen durch ein näheres Verhältnis zur Sache autorisiert erscheinende Wertangabe verlassen. Ferner wird der Einbringende, auch wenn er zur Wertfrage gar keine Behauptung aufstellt, u. U. zur Anzeige von Umständen verpflichtet sein, die den Gegnern unbekannt sind und deren Unkenntnis sie zu einer übertriebenen Bewertung veranlaßt.

Keine cic-Haftung besteht dagegen, wenn bloß eine allgemeine Anpreisung oder eine erkennbar auf eine konjunkturelle Prophezeihung gestützte Wertangabe erfolgt.

So wird, wer eine Gastwirtschaft einbringt, den Wert des Anwesens nicht nach einem Bierausschank von 500 Hektoltr. angeben dürfen, wenn nur 250 Hektoltr. ausgeschenkt werden; wer ein Patent einbringt, wird nicht eine unbeschränkte Verwertungsmöglichkeit behaupten und danach den Wert angeben dürfen, wenn ein kapitalkräftiger Fabrikant ein Vorbenutzungsrecht hat; wer ein Rittergut gekauft hat und den Uebereignungsanspruch in eine Güterschlächtereigesellschaft einbringt, darf nicht behaupten, die behördliche Genehmigung werde glatt erteilt werden, wenn er nach dem mit dem Landrat geführten Schriftwechsel mit der Auflage eines Parzellierungsverbots (§ 1 BRBek vom 15. März 1918) rechnen muß. Ein Majoritätsbesitzer, der sein Aktienpaket in eine Holdinggesellschaft einbringt, wird nicht die Bewertung zum Börsenkurs für sich in Anspruch nehmen dürfen, wenn er als Leiter der betreffenden Aktiengesellschaft weiß und verschweigt, daß diese im Ausland Verluste erlitten hat, die sich nicht mehr lange verheimlichen lassen.

Diese Pflichten liegen nach den in RG JW 27, 1086 ausgesprochenen Rechtssätzen schon dem Verkäufer ob; für den angehenden Gesellschafter, den mit seinen Partnern ein viel stärkeres und länger dauerndes Vertrauensband verknüpft, müssen sie umsomehr gelten [134]).

Das Prinzip der Vertragsfreiheit, das mitunter gegen jegliche

---

[133]) Daß ein solcher Vertrag auch soziales Organisationsmittel ist, wird hiemit nicht geleugnet; nur darf man nicht über dieser letzteren Wirkung den Vertragscharakter übersehen, wie das O. v. Gierke (DPR I 483) und seine Anhänger (Feine 158) tun. Uebrigens wenden auch sie auf den Gründungshergang Vertragsrecht unbefangen „analog" an; deutlich Crisolli 226 ff., insbesondere 233 ff. Richtig Müller-Erzbach HR I 248 f. mit Lit; Heck Gesellschaftsbeschlüsse passim.

[134]) Cosack § 135 1 S. 355 mit Beispiel.

Haftung für Ueberbewertung ins Feld geführt wird [135]), steht nicht entgegen, da es sich nicht darum handelt, die im Einverständnis der Parteien erfolgte Wertfestsetzung (als Grundlage der Beteiligung des einzelnen) zu beschränken [136]); es handelt sich vielmehr um Schranken, die für das zu dieser Wertfestsetzung führende Verfahren gelten. Jedenfalls aber ist die Beschränkung der Vertragsfreiheit nicht größer als überall sonst, wo für cic gehaftet wird.

II. Der Haftungsmaßstab richtet sich nach durchaus h. M. nach dem des „vorbereiteten" Vertrags [137]). Da der Vertrag zunächst ein Gesellschaftsvertrag gemäß §§ 705 ff. BGB ist [138]), so ist nach § 708 die diligentia quam suis zu vertreten. Es ist allerdings auffallend, daß bei Eingehung eines Gesellschaftsvertrags (Dauerschuldverhältnisses), bei dem sich in contrahendo begangene Verstöße viel schmerzlicher bemerkbar machen als beim Kauf (vorübergehendes Schuldverhältnis), eine geringere Sorgfalt als bei diesem zu vertreten ist.

III. Es zeigt sich also, daß der Tatbestand, der im Innenverhältnis die Haftung begründet, ein anderer ist als der, der sie im Außenverhältnis begründet. Die Falschangabe oder Verschweigung, die der einzelne Gründer im Innenverhältnis macht, kann nur Material sein für die Wertangabe, die die sämtlichen Gründer im Außenverhältnis machen.

Dementsprechend kann in einem der beiden Verhältnisse ein Haftungsgrund vorliegen, während er im anderen fehlt.

Der externe Haftungsgrund liegt vor, der interne fehlt: wenn die Gründer über die Ueberbewertung einverstanden sind. Hierher gehört der Fall RG 4. 11. 1903 (I/224 03), mitgeteilt OLG 12, 447 Anm. 1. Die Gründer hofften hier auf große Gewinne, die die Unterbilanz bald wettmachen würden. Hierher gehören auch die meisten der von Fränkel 56 ff. angeführten Fälle; ebenso der § 3 Anm. 40 erörterte Fall. Im Innenverhältnis gilt eben Vertragsfreiheit [139]), aber die externe Haftung wird davon nicht berührt [140]).

Sind die Gründer kapitalkräftig genug, um die externe Haftung

---

[135]) RG JW 1913, 1040/11; Feine 116.

[136]) Für eine solche Beschränkung anscheinend RG Str 49, 340 ff.

[137]) Nachweise bei Steinberg 104. Anders mit beachtlichen Gründen Wiener Bd. 25, 62 zu Anm. 4.

[138]) Herrschende Meinung. Neuestens RG JW 1930, 2664 Spalte 2 (AG betr.). Wer mit Heymann 417 einen nicht rechtsfähigen Verein annimmt, kommt über § 54 BGB zum selben Ergebnis.

[139]) KGJ 38, 170; RG 118, 118.

[140]) Mit dieser Erkenntnis löst sich der von Wiener Bd. 25, 30 behauptete und als unlösbar bezeichnete Widerspruch. Die interne Vertragsfreiheit ist auch de lege ferenda beizubehalten; sie ist m. E. ein Hauptgrund für die Daseinsberechtigung der GmbH neben der Aktiengesellschaft. Deshalb sind die auf Prüfung durch den Registerrichter oder Revisoren gerichteten Vorschläge abzulehnen.

aus ihrem Privatvermögen leisten zu können, so fällt auf ein derartiges Verhalten nicht der Schatten eines Vorwurfs. Es wäre also bedenklich, wenn man die Haftung im Außenverhältnis — wie die h. M. — stets nur damit begründen könnte, daß man den Gründern einen Sittenverstoß attestiert [141]).

Der interne Haftungsgrund fehlt auch, wenn der einbringende Gründer eine den Wert betreffende Umstandsangabe unterlassen hat, ohne sie nach dem Haftungsmaßstab des § 277 BGB vertreten zu müssen. Dann haftet er intern nicht. Aber im Außenverhältnis, wo auch für leichte Fahrlässigkeit gehaftet wird, haftet er; ob auch die anderen Gründer wegen Verschuldens extern haften, ist Tatfrage.

Der interne Haftungsgrund liegt vor, der externe fehlt: wenn die Mitgründer die Falschangabe oder Verschweigung eines Kontrahenten noch vor der Eintragung entdecken und entweder den Wertabmangel (z. B. durch Abfindung des Patentvorbenutzers) beseitigen oder das Stammkapital entsprechend niederer festsetzen. Desgleichen, wenn sie sich auch nach der Eintragung jeden Geschäftsbetriebs enthalten oder den ganzen Verkehr darauf aufmerksam machen, daß das Gesellschaftsvermögen überbewertet sei.

§ 8. Der Inhalt der Haftung.

I. Gewährung des positiven Interesses nach allgemeinen Grundsätzen. II. Der Inhalt des negativen Interesses bei Vorhandensein eines Außenverhältnisses. III. Der Inhalt des Interesses bei Fehlen eines Außenverhältnisses. IV. Insbesondere das Gewohnheitsrecht. V. Ausnahmen.

I. Die Anwendung allgemeiner Grundsätze der cic-Lehre führt zur Gewährung des positiven Interesses, wenn der schuldige Gründer im Falle des Unterbleibens seiner Falschangabe oder des Erstattens der geschuldeten Umstandsanzeige veranlaßt worden wäre, auf seine — gleichgebliebene — Stammeinlage entsprechend größere und zwar so große Werte einzubringen, daß der Gesellschaft ein der Stammeinlage gleicher Wert zugeflossen wäre. Nach § 249 BGB müßte er dann die Gesellschaft so stellen, wie sie stände, wenn dieser größere Wert s. Zt. eingebracht worden wäre. Ueber die Frage, ob dieser Schadensbetrag gleich dem Betrag der Ueberbewertung ist, gilt das zu § 6 I gesagte [141]) [142]).

---

[141]) Vgl. dazu Baumbach JW 1930, 1645 (Wettbewerb betr.).

[141]) Ungenügend daher RG 84, 337.

[142]) Ueber die Frage, wer Gläubiger dieser Forderung ist, s. unten § 9.

Anders liegt es in den Fällen, wo bei Unterbleiben der cic die Gründung gescheitert wäre, oder dem schuldigen Gründer nur eine kleinere Stammeinlage zugewiesen worden wäre. Hier ist der Schaden zu ersetzen, der durch das Vertrauen auf die Falschanzeige oder durch die Unkenntnis des nicht angezeigten Umstands entstanden ist. Sein Inhalt hängt davon ab, ob infolge der intern begangenen cic die Stammkapitalerklärung der GmbH ein zu hohes Gesellschaftsvermögen als vorhanden angibt, und die GmbH Gläubiger bekommen hat, die auf die unrichtige Erklärung vertraut haben. Diese Fälle sollen im folgenden als die des Vorhandenseins eines Außenverhältnisses bezeichnet werden.

II. Ist ein solches Außenverhältnis vorhanden, so sind die sämtlichen Gründer nach dem früher ausgeführten bei Unmöglichkeit des Exkulpationsbeweises den externen Gläubigern zum Schadensersatz auf das positive Interesse verpflichtet [143]). Diese Pflicht hätten sie nicht auf sich geladen, wenn der intern wegen cic schuldige Mitgründer sich einwandfrei verhalten hätte. Ihr negatives Interesse geht also auf Befreiung von der externen Schuld. Sie kann nur dadurch erfolgen, daß der intern schuldige Gründer die externe Schuld erfüllt [144]). Die Erfüllung besteht nach dem früher ausgeführten darin, daß das positive Interesse in die Gesellschaftskasse bezahlt wird [145]). Das Ergebnis ist also in diesem Falle dasselbe wie das I pr gewonnene.

Es kann — übrigens ebenso auch das zu I gewonnene — durch § 254 BGB modifiziert werden. Die Mitgründer kann ein auch im Innenverhältnis erhebliches Verschulden treffen, wenn sie bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags es ihrerseits an der gebotenen Prüfung haben fehlen lassen. Ebenso, wenn sie später die Ueberbewertung erkannt haben oder hätten erkennen müssen, trotzdem aber es an der alsdann im Geschäftsbetrieb gebotenen Zurückhaltung haben fehlen und dadurch den Schaden noch größer werden lassen [146]).

Kann dagegen der Exkulpationsbeweis geführt werden [147]), so

[143]) Im einzelnen ist hier wie sonst eine üppige Kasuistik denkbar. Es kann z. B. sein, daß einer der Mitgründer aus irgend einem Grunde extern nicht verpflichtet ist. Hier sollen nur die einigermaßen typischen Rechtslagen untersucht werden.

[144]) Vgl. Planck-Siber zu § 257 BGB.

[145]) Da die externe Verpflichtung der Mitgründer nicht dadurch erlischt, daß sie ihre Geschäftsanteile veräußern, so wäre ihnen nicht damit geholfen, daß der intern schuldige Gründer ihnen ihren Geschäftsanteil gegen Erstattung ihrer Einlage abnimmt.

[146]) Zum selben Ergebnis könnten wohl auch die von Heck Grdr 236, 6 b und c zu § 426 BGB entwickelten Normen führen.

[147]) Im Prozeß der Gründer gegeneinander kann der Schadensersatzkläger dem externen Gläubiger leider nicht den Streit verkünden, da die Anspruchsbesorgnis gerade für den Fall des Obsiegens besteht. RG Seuff A 68, 75.

liegt den Gründern die externe Pflicht nicht ob, trotzdem sie nach außen erklärt haben, es seien dem Stammkapital entsprechende Werte vorhanden. Auch in diesem Fall haben sie aber ihren Ruf an die Gesellschaft gebunden und verlieren ihn, wenn die Gesellschaftsgläubiger leer ausgehen. Das wäre ihnen erspart geblieben, wenn die cic unterblieben wäre.

Nun kann nach allgemeinen Grundsätzen der Schadensersatzlehre der Gläubiger den Schaden eines Dritten auch dann geltend machen, wenn er selbst dem Dritten keinen Ersatz schuldet. Genügende Voraussetzung dafür ist, daß er die, wenn auch ungeschuldete Entschädigung des Dritten im Interesse der Geschäftsverbindung oder um des Rufes seiner „Kulanz" willen für erforderlich hält [148]). Streng genommen handelt es sich also hier in erster Linie um den Schutz eines eigenen Interesses des Gläubigers [149]). Nur darf die Schadensersatzpflicht nicht zu einer Bereicherung des Gläubigers führen [150]). Forderungsberechtigt ist der Dritte nicht [151]).

Die Anwendung dieser Rechtssätze ergibt, daß der intern schuldige Gründer verpflichtet ist, das positive Interesse an die Gesellschaft zu entrichten [152]). Ob Gläubiger dieses Anspruchs die Gesellschaft selbst oder die Mitgründer sind, wird in § 9 untersucht werden.

III. Besonderer Untersuchung bedarf der Fall, daß ein solches Außenverhältnis fehlt. Bei der Feststellung, daß dieser Fall vorliegt, ist folgendes zu beachten.

Erstens kann die externe Schuldenfreiheit dadurch erkauft sein, daß die Stammeinlagen intern schuldloser Gründer zur Befriedigung externer Gläubiger verwendet wurden und jenen bei der Liquidation zurückgegeben werden müssen, wenn anders sie durch den Vertragsschluß nicht geschädigt sein sollen.

Zweitens kann die Feststellung, daß ein Außenverhältnis nicht eingetreten sei, nicht mit Sicherheit getroffen werden, ehe nicht die Liquidation beendet, das Erlöschen der Firma (§ 31 HGB) und der Vertretungsbefugnis des Liquidators (§ 67 Ges) ins Handelsregister

---

[148]) Planck-Siber § 249, 6 S. 82 ff. insbesondere 83. Dort wird auch nachgewiesen, daß sich der im Text vertretene Satz mit dem Prinzip des adäquaten Kausalzusammenhangs begründen läßt. In der hier vertretenen Richtung liegen RG 59, 240; 87, 293; 93, 40; anders und falsch RG 97, 88 ff.

[149]) Vgl. Heck Grdr § 16, 4 S. 52. Sähe man dagegen das Interesse des Dritten auch hier als die ratio der Schadensersatzpflicht an, so würde mangels Zutreffens der von Heck Grdr § 16, 3 a und b aufgestellten Tatbestände eine Schadensersatzpflicht sich nicht begründen lassen.

[150]) Planck-Siber 85; Heck Grdr 53.

[151]) Heck Grdr 53; Planck-Siber 83, 86.

[152]) Haben die Mitgründer schon auf Grund externer Haftung bezahlt, so hat er diesen Ersatz zu leisten.

eingetragen und bekanntgemacht ist; denn bis dahin kann die Gesellschaft neue Schulden machen [153]).

Auch soweit hienach das Nichtbestehen eines Außenverhältnisses festgestellt werden kann, nimmt die h. M. ohne Unterschied an, daß auf das positive Interesse gehaftet werde [154]). Zwar bejaht sie — enger als die in dieser Arbeit vertretene Meinung — die Gründerhaftung nur im Falle des Vorsatzes. Es ist aber nirgends ersichtlich, daß die Gewährung gerade des positiven Interesses in funktionellem oder genetischem Zusammenhang mit der These steht, daß nur für Vorsatz gehaftet werde [155]). Es würde also, wenn einmal die Haftung für Fahrlässigkeit dem Grunde nach bejaht ist, im Sinne der h. M. sein, auch da schlechthin Haftung auf das positive Interesse anzunehmen.

Dieses Ergebnis läßt sich aus der Anwendung allgemeiner Grundsätze nicht herleiten. Hätte der intern schuldige Gründer den Abschluß des Gesellschaftsvertrags nicht in schuldhafter Weise herbeigeführt, so wäre die Gründung der Gesellschaft — von den zu I erörterten Ausnahmefällen abgesehen — unterblieben oder nur mit kleinerem Stammkapital vorgenommen worden. Nach der Differenzhypothese herzustellen wäre also der Zustand, der sich im Fall des Unterbleibens usw. der Gründung ergäbe. Der Schuldige müßte also z. B. bewirken, daß die Gesellschaft (unter durch § 254 BGB sanktionierter Mitwirkung der Mitgründer-Gläubiger) liquidiert und den Mitgründern ihre Einlagen zurückerstattet werden, ferner, daß besondere für die Gründung. etwa anläßlich der Aufbringung des Einlagekapitals oder der Einrichtung auf das nach § 24 Ges bestehende Risiko, gebrachte Opfer entschädigt werden [156]). Oder er müßte die Aufwendungen für eine Kapitalherabsetzung tragen. Rechtstechnich durchführbar wäre das bei der Elastizität der in § 249 BGB enthaltenen Normen, auch wenn keine Nichtigkeitsgründe vorliegen [157]).

Soweit die h. M. überhaupt Gründe angibt, sind sie unzutreffend.

RG 18, 72 (AG betr.) gibt anscheinend das positive Interesse deshalb, weil „der unberechtigte Vorteil (des schuldigen Gründers) durch den Defekt, den die Gestaltung der AG aufweist und zur Erreichung jenes Vorteils aufweisen muß und soll, erzielt" wird.

---

[153]) Den Gesichtspunkt der Unsicherheit verwertet in einem anderen Fall RG 88, 189.

[154]) Der Begriff des positiven Interesses in Einzelheiten ist allerdings schwankend; vgl. oben § 2 Anm. 18 und 19.

[155]) Wiener Bd. 25, 62 gestaltet zwar die Haftung bei Vorsatz und Fahrlässigkeit je verschieden, aber ohne auf das im Text gestellte Problem abzustellen.

[156]) Richtig also das von RG 84, 334 aufgehobene Urteil des KG.

[157]) Anders anscheinend RG 84, 334.

RG 84, 337 meint, wer die Gesellschaftsgründung vorsätzlich (richtiger: schuldhaft) ins Werk gesetzt habe, der hafte für das Nichtbestehen (richtiger: für das nicht erwartungsgemäße Bestehen) der Einlagegegenstände [158]). Er sei daher verpflichtet, das positive Interesse zu leisten. In den übrigen Belegstellen der h. M. findet man keine Begründung.

Diese Begründungen widerlegen nicht, daß das positive Interesse nicht das Ergebnis der Differenzhypothese [159]) ist, das man als „Schaden" bezeichnet. Geht man von dem Schadensersatzbegriff des RGR Komm [160]) aus, so zeigt sich, daß das positive Interesse auf etwas anderes gerichtet ist, als auf „die infolge des Gründungsverstoßes geschaffene Veränderung" des Standes der beteiligten Vermögen. Das gilt sowohl für die Betrachtung des Vermögens der Mitgründer, als auch desjenigen der Gesellschaft. Bei dieser besteht die Veränderung nur darin, daß sie einen zu hohen Geschäftsanteil für die Einlage bewilligt hat. Der durch die Ueberbewertung gegebene Vermögensmangel ist also zwar eine für die Gesellschaft und für andere Leute bedauerliche Tatsache; aber ein Schaden im Rechtssinn ist er nicht.

Das Zwischenglied, das die mangelnde logische Verbindung zwischen dem „Ausfall an Einlagen" und dem Schaden herstellen soll, scheint die Anschauung, daß die GmbH eine reale Existenz habe, daß sie sich „nicht selbst aus der Welt schaffen könne" [161]), daß sie „fehlerhaft ins Leben gerufen" [162]) sei und nicht mehr getötet werden dürfe, daß sie die „unmittelbar geschädigte" [162]) sei, daß sie eine „geschichtliche Tatsache", ein „Produkt der sozialen Schöpfungskraft des Menschen" sei, das allerdings „eine der Rechtsordnung zugängliche Seite" habe [163]), daß „die Vorgänge, denen sie ihr Dasein verdankt, sie nichts angehen" [164]). Es wird also die Gesellschaftsgründung mit Zeugung und Geburt eines Lebewesens, am nächstliegenden: des Menschen, verglichen. Die Verwendung eines solchen Bildes ist vom ästhetischen Standpunkt sicherlich begrüßenswert und einprägsam [165]).

Bedenklich wird die Sache, wenn dieses Bild dazu verwendet

---

[158]) Der Satz des RG aaO, er schädige die Gesellschaft „an dem ihr zustehenden Vermögen" ist irreführend. Die Folge der cic ist doch gerade, daß ein Vertragsanspruch nicht entstanden, eine bestimmte Einlageforderung nicht „zustehend" geworden ist. Darüber, daß der Satz hier aus anderen Gründen zutreffen kann, vgl. § 1 Anm. 9.

[159]) Heck Grdr 37.

[160]) Erl. 1 vor § 249; richtig auch RG 18, 70 (anders 72).

[161]) RG 84, 334.

[162]) RG. 84, 336; Mot 276.

[163]) Gierke DPR I 483.

[164]) Kohler im Vorwort zu Reis, Zeichnung und Uebernahme von Aktien (1907); Ruth 529.

[165]) Passow nach Nußbaum JW 1930, 1182.

wird, ethische Eigenarten des Ideenkreises, dem es entlehnt ist, auf die Entleiherin, nämlich auf die GmbH zu übertragen [166]) Das scheint hier unausgesprochen der Fall zu sein.

Eine denkbare Rechtsordnung kann einem Menschen, der im Wege eines Delikts (etwa gemäß § 176 StGB) erzeugt worden ist, einen Schadensersatzanspruch zusprechen. Niemand wird beanstanden, daß ein solcher Ersatzanspruch auf die Ermöglichung einer standesgemäßen Lebensführung und nicht etwa darauf gerichtet ist, daß die Folgen des Delikts beseitigt, und der deliktisch Erzeugte wieder aus der Welt geschafft wird [167]). Der selbstverständliche Grund dafür ist der sittlich-religiöse: die Achtung vor dem menschlichen Leben. Dann kann man in der Tat sagen: wäre das Delikt unterblieben, so wäre das Unterhaltsbedürfnis des Geschädigten nicht entstanden. Wäre es zulässig, diese ethische Eigenart auf die GmbH zu übertragen, so wäre es richtig, ihr die Liquidation nicht zuzumuten und ihr den Anspruch auf ein standesgemäßes Leben, d. h. ein Leben gemäß ihrem Stammkapital zuzusprechen. Die Transposition ist aber unzulässig [168]).

Auch der rationale Gedanke, der vielleicht in der Gierkeschen Theorie enthalten ist, vermag das Ergebnis der h. M. nicht zu tragen. Er ist folgender: die GmbH ist eine Organisation von verbundenen Interessen der Gesellschafter. Diese Organisation stellt einen Wert dar, dessen Zustandekommen in erster Linie das Verdienst der nichtschuldigen Mitgründer ist. Muß die Gesellschaft wegen der cic eines Mitgründers liquidiert oder ihr Kapital herabgesetzt werden, so sind sie ganz oder teilweise um die Frucht ihrer Arbeit gebracht.

Der Berücksichtigung dieser Interessen steht gegenüber: einmal, daß jeder zweiseitige Vertrag einen gewissen Organisationswert hat; wenn keinen dauernden (Ehe), so doch einen vorübergehenden (Arbeitsvertrag) [169]). Jeder solche Vertrag könnte sich also mit dem gleichen oder nur graduell geringeren Recht gegen seine Beseitigung sträuben; das würde dazu führen, daß das positive Interesse in viel zahlreicheren Fällen ersetzt werden müßte, als bewährter Lehre entspricht. Zweitens obliegt den Gläubigern — auch denen einer cic-Forderung — nach § 254 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2, wenn die cic herausgekommen ist, in der Auswertung der Organisation, insbesondere im Geschäftsbetrieb, Zurückhaltung zu üben [170]). Können

---

[166]) Heck Grdr 476 ff.

[167]) Teilweise in diesen Zusammenhang kann auch die Unzulässigkeit der Abtreibung bei sogen. ethischer Indikation gestellt werden.

[168]) Heck Grdr 476.

[169]) Vgl. Gierke DPR III 594; Potthoff ArbR 1922, 267 ff. Beide übersehen darüber, daß auch ein Schuldverhältnis vorliegt; vgl. Hueck (-Nipperdey) 87 f. und oben Anm. 133.

[170]) Vgl. oben § 8 zu Anm. 146.

sie danach die Organisation nicht mehr verwerten, so haben sie kein schutzwürdiges Interesse, sie zu erhalten. Wählen sie nicht die Liquidation, so mögen sie zur Kapitalherabsetzung schreiten.

IV. Daß dennoch bei Fehlen des Außenverhältnisses das positive Interesse zugebilligt wird, ist m. E. auf Gewohnheitsrecht zu stützen.

Während RG 84, 332 ff. noch nach gesetzlichen Erwägungen gesucht hatte, ist für die darauf folgende Entscheidung RG 100, 176 die Frage, ob das positive oder das negative Interesse zu gewähren sei, überhaupt nicht mehr problematisch. Sie verweist nur am Schluß ganz allgemein auf RG 84, und zwar nur auf S. 335, wo nicht das spezielle Problem des Anspruchsinhalts untersucht wird.

Auch in der Entscheidung Colmar OLG 12, 448 wird die Frage nicht als problematisch empfunden, sondern einfach vom Entschädigungsanspruch ohne Erwähnung seines Inhalts gesprochen. Soviel zu sehen, gibt es keine Entscheidungen, die, wo es sich um die Höhe der Ersatzpflicht handelt, auf den Unterschied, ob ein Außenverhältnis besteht oder nicht, auch nur eingehen, geschweige denn auf ihn abstellen.

Man wird also für die Rechtsprechung die opinio necessitatis und die dauernde Uebung feststellen können. An der Aufrechterhaltung dieses Zustands besteht ein starkes Kontinuitätsinteresse [171]). Daß die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen gering ist, wird darauf zurückzuführen sein, daß die Frage als entschieden gilt und deshalb kein Anlaß besteht, weitere gleichlautende Entscheidungen noch zu publizieren.

Leicht ist der Nachweis der opinio necessitatis im Schrifttum. Brodmann § 5, 5 a S. 40 sagt: zum Ersatz kommt nicht nur das negative Vertragsinteresse, sondern unter allen Umständen der Betrag, um welchen der wahre Wert hinter dem eingesetzten zurückbleibt. Wenn der stets gründliche und gegenüber herrschenden Meinungen selbständige [172]) Brodmann diese Ansicht ohne weitere Begründung vorträgt, so ist das ein Zeichen, daß er die opinio necessitatis hat.

Hachenburg (§ 9 Anm. 29 S. 255) spricht sich über den Inhalt des Schadensersatzanspruches nicht aus. Er zitiert aber 256 RG 84, 332, ohne sich dagegen auszusprechen. Bei der eingehenden Würdigung, die er der Rechtsprechung sonst stets angedeihen läßt, muß angenommen werden, daß er das Problem nicht als solches empfindet und die opinio necessitatis hat.

Bei Scholz 112 ergibt sich aus dem ganzen Zusammenhang („im übrigen besteht eine Haftung für den Wert der Sacheinlage"), daß auch er nicht auf das negative, sondern auf das positive Interesse

[171]) Vgl. Heck Sachenrecht 14.
[172]) Feine JW 30, 3718.

haften läßt. Auch er sieht das hier gestellte Problem nicht; auch er scheint die opinio necessitatis zu haben. Nach Staub (GmbHGes 1. Aufl. 76) besteht der der Gesellschaft entstandene Schaden in minimo darin, daß sie ohne die betreffenden Werte zur Entstehung gelangt. Die weiteren Ausführungen, insbesondere deren Gegenüberstellung gegen das 77 gesagte, lassen darauf schließen, daß Staub hier das positive Interesse meinte.

Vorsichtiger ist Liebmann-Saenger § 5 Anm. 14 S. 56, sofern er bei seinen Ausführungen voraussetzt, daß Dritte getäuscht sind. Zu einer Ablehnung der h. M. gelangt aber auch er nicht.

V. Für den besonderen Fall, daß die cic noch vor der Eintragung entdeckt wird, ist — ausgenommen die zu I erwähnten Fälle — nicht anzunehmen, daß auch hier das positive Interesse gewohnheitsrechtlich gewährt wird. Zwar kann, da das Gewohnheitsrecht (wie alles Gewohnheitsrecht) inhaltlich etwas unbestimmt ist und diesen besonderen Fall nicht behandelt, aus seinem erkennbaren Inhalt kein sicherer Schluß in dem einen oder anderen Sinn gezogen werden. Aber die der opinio necessitatis zu Grunde liegenden Vorstellungen werden — so gut wie die eines Gesetzgebers — bei der Auslegung herangezogen werden können. Sie ergeben, daß die rechtliche Existenz der Gesellschaft, der vermeintliche Zustand des sich nicht wieder aus der Welt schaffen Könnens, um dessentwillen das positive Interesse gewährt wird, vor der Eintragung noch nicht gegeben ist. Also wird es hier beim negativen Interesse sein Bewenden haben [173]).

§ 9. Die subjektive Zuständigkeit der entstandenen Schadenersatzforderung.

I. Im Verhältnis des einzelnen zur Gesellschaft. II. Im Verhältnis der Gründergesellschaft zur GmbH.

I. Es fragt sich, ob Gläubiger der wegen cic erwachsenen Schadenersatzforderung die Gesellschaft selbst oder die einzelnen Mitgründer sind.

Soweit nach dem in den beiden vorhergehenden §§ gesagten der cic-Schuldner das positive Interesse in das Gesellschaftsvermögen zu leisten verpflichtet ist, gleicht die Schadenersatzleistung den Abmangel aus, den das Gesellschaftvermögen gegenüber den bei Vertragsschluß gehegten Erwartungen hat. Dadurch wird die Gefahr der Vereitlung des mit der Interessenverbindung erstrebten Zwecks

[173]) Auch der zu II untersuchte Haftungsgrund kann, falls die cic vor der Eintragung entdeckt wird, nicht eingreifen, da vorher der Tatbestand des Vertrauens auf einen bestimmten Vermögensstand der GmbH nicht vollendet und somit eine externe Obligation nicht entstanden sein kann.

und der Nutzlosigkeit der von den nichtschuldigen Mitgründern gebrachten Opfer beseitigt und die Gesellschaft erst voll verkehrstüchtig gemacht; eine externe Haftung, in die die Gründer etwa verstrickt waren, wird beseitigt. Die Schadensersatzleistung ist also das Surrogat für eine nicht zustandegekommene Einlage.

Angesichts dieses Surrogationsverhältnisses entspricht es dem durch richtige Auslegung (§ 133 BGB) ergänzten Parteiwillen der Gründer, die Schadensersatzforderung und -leistung ebenso der Mehrheitsherrschaft der Gesellschaft zu unterwerfen, wie es die ersetzte Einlageforderung und -leistung gewesen wäre [174]). Die Schadensersatzforderung steht also der GmbH zu (vgl. § 46 Ziff. 8 Ges).

Soweit dagegen nur das negative Interesse geschuldet ist, bemißt sich sein Inhalt nach den persönlichen Verhältnissen jedes einzelnen Vertragsschließenden; ein negatives Interesse der Gesellschaft selbst wäre höchstens dann denkbar, wenn man darunter die Summe der negativen Interessen der Vertragsschließenden begriffe. In dem einen und dem anderen Falle fehlte dem negativen Interesse der Surrogationscharakter. Damit entfällt aber der Grund dafür, es der Gesellschaftsherrschaft zu unterwerfen. Berechtigt ist also der einzelne Mitgründer.

II. Vor der Eintragung (Entstehung) der GmbH kann eine Schadensersatzforderung auf das positive Interesse nur dann bestehen, wenn im Falle des Unterbleibens der cic der schuldige Gründer veranlaßt worden wäre, seine Einlage zu vergrößern oder für die Richtigkeit der Bewertung Gewähr zu leisten [175]).

Da die Forderung auf das positive Interesse geht, steht sie nach dem oben ausgeführten nicht dem einzelnen, sondern der Gesellschaft zu und es fragt sich: welches ist das rechtliche Schicksal, das die Schadensersatzforderung vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zur fertigen Entstehung der GmbH hat [176])?

In Anbetracht des Surrogationsverhältnisses liegt die Analogie der Einlageforderung nahe. Grundlage der Entscheidung ist die in § 305 BGB geordnete schuldrechtliche Vertragsfreiheit, abgewandelt durch die Einschränkungen, die sie durch das GmbHGes erlitten hat. Der Zweck des Gesellschaftsvertrags geht dahin, die zu schaffende GmbH mit den Einlageforderungen auszustatten, und die Rechtsordnung hat diesen Zweck durch § 1 in Verbindung mit § 13 Ges anerkannt. Diese Bestimmung des endgültigen Subjekts der Forderung kann nur dann verwirklicht werden, wenn der GmbH im

---

[174]) Vgl. dazu KG OLG 12, 448 β.

[175]) Vgl. oben § 8 I und V.

[176]) Gelangt die Gesellschaft nicht zur Entstehung, so verbleibt die Forderung der Gründergesellschaft und verfällt gegebenenfalls deren Liquidation.

Augenblick ihrer Entstehung die Einlageforderung zusteht [177]). Daß dies der Standpunkt des Gesetzes ist, ergibt sich auch aus einer Reihe gesetzlicher Einzelbestimmungen: so aus § 22 Ges, wonach für die Einlageschuld gegenüber der — wie die Gegenüberstellung des ersten und des zweiten Abschnitts des Gesetzes zeigt — entstandenen Gesellschaft gehaftet wird. Ein Vertrag, der die subjektive Zuständigkeit der Einlageforderung anders regelt, kann die Errichtung einer GmbH nicht bewirken.

Daß der Schadensersatz schon vor der Eintragung an die Gründergesellschaft mit Erfüllungswirkung gegenüber der GmbH und gegenüber den Gläubigern gezahlt werden kann, ergibt sich ebenfalls aus der Analogie der Sacheinlage, die ja durch die Schadensersatzleistung möglichst genau ersetzt werden soll. Die Sacheinlage kann nämlich — anders als die Geldeinlage [178]) — schon vor der Eintragung mit Erfüllungswirkung voll geleistet werden [179]).

Gelangt die Gesellschaft durch Eintragung zur Entstehung, so wird entsprechend der Erfüllungswirkung anzunehmen sein, daß die noch im Besitz der Gründergesellschaft befindlichen Schadensersatzmittel von nun an der GmbH zustehen.

Dieses Ergebnis stimmt mit Meinungen überein, die, sei es in der Rechtsprechung, sei es im Schrifttum, vertreten werden. Nur sind deren Begründungen methodisch falsch. Sie folgern das Ergebnis aus Rechtsbegriffen. Diese werden entweder als a priori vorhanden hingestellt oder sie sind das Ergebnis der Einordnung, die mit der für ein einzelnes Problem gegebenen gesetzlichen Regelung vorgenommen worden ist [180]).

---

[177]) RG 84, 337; KG OLG 12, 448 β; KGJ 38, A 168.

[178]) RG JW 22, 94; Liebmann-Saenger § 7 Anm. 10; anderer Meinung Feine 138, Hachenburg 242, Scholz 152. Da bei Geld, auch wenn es als Schadensersatz für eine Sacheinlage geleistet wird, die Gefahr, daß es noch vor der Eintragung wieder zerrinnt, besonders groß ist, ist die Regelung de lege ferenda der der Geldeinlage anzupassen.

[179]) Dies ist, außer bei Grundstücken, unbestritten. Staub-Pinner 107, Feine 204.

[180]) Diese letztere Spielart ist die häufigere. Heck JW 17, 270; Grdr 473 und passim bezeichnet sie als technische Begriffsjurisprudenz, methodischen Begriffsrealismus oder als Inversionsmethode (über diesen Ausdruck derf. DJZ 09, 1458), Brodmann 59 als vorschnelle Abstraktion, Ihering als die höhere Jurisprudenz. Sie besteht darin, daß aus dem Gesetzesmaterial wissenschaftliche Begriffe und aus diesen dann neue Rechtssätze gebildet werden. Diese Methode wird heute ex professo kaum mehr vertreten (gegen den Wiedererweckungsversuch Kelsens vgl. Heck ZivA 122, 173 ff., insbesondere 185 ff.; C. Schmitt Verfassungslehre 9; Smend Verfassung usw. 17). Gegen sie vgl. Heck öfters, insbesondere Rechtsgewinnung 13 f.; Rümelin Schuldversprechen 311 ff. und RuW Arch 16, 343 ff.; dazu wieder Heck ZivA 123, 242 ff; unzutreffend Darmstädter JW 31, 19. Speziell gegen die erstere Spielart vgl. etwa Müller-Erzbach DogmJ 53, 331.

Die beiden Begriffe, die innerhalb der herrschenden Lehre um die Alleingeltung streiten, sind die der Identität und der Heterogenität von Gründergesellschaft und fertiger GmbH. Innerhalb der Heterogenitätstheorie wird darüber gestritten, ob die fertige GmbH als Rechtsnachfolgerin der Gründergesellschaft oder vermöge von dieser zu gunsten jener geschlossener Verträge zu gunsten Dritter erwerbe. Innerhalb der Theorie, die Rechtsnachfolge annimmt (Sukzessionstheorie), wird teils Einzel-, teils Gesamtsukzession behauptet. Ueber den Stand der Meinungen unterrichtet aus der GmbH-Literatur Feine 196 ff., insbesondere 197 Anm. 6 bis 8; aus der allgemeinen Literatur vgl. etwa Planck-Knoke § 21, 8 S. 21 ff; von Tuhr, der allg. Teil I 588 ff.; Müller-Erzbach DogmJ 73, 138.

Dem gerügten Methodenfehler nicht verfallen sind Müller-Erzbach HR 254; DogmJ 73, 136 ff. und Brodmann § 11, 1 insbesondere Seite 58 unten. Doch erledigt Müller-Erzbach die Frage ziemlich flüchtig damit, daß die Gründergesellschaft und die fertige GmbH Ausdruck einer und derselben Interessenlage seien, und Brodmann geht auf die Methodenfrage nicht ein. Es soll daher hier nachgewiesen werden, daß die Problemstellung: Identität oder Heterogenität für keines der Probleme, die im Verhältnis der Gründergesellschaft zur fertigen GmbH auftauchen, ein geeignetes Lösungsmittel ist.

Soweit die Stellungnahme zur Identitätsfrage durch aprioristische Erwägungen begründet wird, wie etwa durch die Behauptung, die Gründergesellschaft und die GmbH seien so identisch, wie die Knospe und die Blüte, wie der Embryo und das Kind [181]), wäre sie für eine Rechtsfindung, die die vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenwertungen durchzuführen strebt [182]), nur dann schlüssig, wenn der Gesetzgeber darauf gezielt hätte, das Verhältnis der Gründergesellschaft zur fertigen GmbH dem zwischen Embryo und Kind bestehenden nachzubilden. Diese Voraussetzung trifft nicht zu. Es ist vielmehr anzunehmen, daß der Gesetzgeber die zahlreichen Probleme, die sich im Verhältnis zwischen Gründergesellschaft und fertiger GmbH auftun, nicht gesehen hat [183]).

Mit Erwägungen der technischen Begriffsjurisprudenz stützt das RG, insbesondere 82, 290 seine Stellungnahme für die Identitäts-

---

[181]) Hachenburg 262 f.

[182]) Darüber, daß dies das Ziel der richterlichen Rechtsfindung sein muß, vgl. Heck ZivA 112, 1 ff. Gewertet werden im Zivilrecht in erster Linie die gegen einander stoßenden Interessen der Einzelpersonen; das Ergebnis ist dann die Schaffung einer relativen Gerechtigkeit im Sinne H. Meyers Publ 85 ff.

[183]) Dieser Vorwurf trifft auch den Aktiengesetzesentwurf von 1930.

theorie [184]). Sie wird dahin formuliert, daß es sich um eine und dieselbe Vergesellschaftung in verschiedenen Entwicklungsabschnitten handle. Ein Unterschied bestehe nur hinsichtlich der durch die Eintragung bedingten Rechtsfähigkeit. Im übrigen sei die Gründergesellschaft (werdende GmbH) mit der fertigen Gesellschaft das gleiche Rechtsgebilde. Begründung: „diese Gleichheit ergibt sich namentlich daraus, daß die für die werdende GmbH im Zeitpunkt der Gründung entstandenen Rechte und Pflichten ohne weiteres auf die eingetragene GmbH übergehen, ohne daß es einer besonderen Uebertragung bedürfte." Aus dem so gewonnenen Identitätsbegriff werden nun zur Lösung neuer Probleme neue Rechtssätze abgeleitet [185]), so z. B. im Falle der genannten Entscheidung zur Lösung eines Konkursproblems.

Die Entscheidung, ob der Konkurs eines Gründers die Gründergesellschaft auflöst oder nicht, hat nichts mit der eben entschiedenen Frage, ob die nach außen wirkenden Rechte im Zeitpunkt der Eintragung eine Aenderung erfahren, zu tun. Es handelt sich hier um den Interessenkonflikt: ist die zum Zweck der Gründung hergestellte Interessenbindung als eine so starke gemeint, daß sie den Wegfall eines Mitverbundenen überdauern soll [186])? Dort dagegen hat es sich um den Interessenkonflikt gehandelt: hat die GmbH auf die Vermögensgegenstände, die vorher der Gründergesellschaft gehört haben, bloß ein obligatorisches Forderungsrecht (Singularsukzession), oder hat sie einen dinglichen Herausgabeanspruch gegen die Gründergesellschaft (Gesamtsukzession), oder hat die Gründergesellschaft aufgehört zu existieren, sodaß deren Vermögen der GmbH ebenfalls ohne weiteres zusteht und eine Geltendmachung von Rechten nur noch gegen Dritte in Betracht kommt? Selbst wenn es möglich wäre, die zu jenem Konflikt getroffenen Interessenabgrenzungen in Gebotsbegriffen so auszudrücken, daß diesen Begriffen ein Wert für die Erkenntnis der ausgedrückten legislativen Wertungen innewohnt [187]), so würde dieser Erkenntniswert sich doch nur auf die Probleme erstrecken, bei denen die ausgedrückten Wertungen wirksam gewesen sind. Nicht aber auf die anderen Probleme [188]),

---

[184]) Weitere Entscheidungen, in denen aber diese Methode nicht immer so deutlich ist: RG 58, 55 ff.; 83, 373 (im Ergebnis richtig und 374 oben auch methodisch richtig); 85, 259 f.; Recht 1915 Nr. 362. In RG 105, 230 ist gegen Feine 199 Anm. 17 eine Stellungnahme nicht zu erkennen. Richtig zur Methodenfrage RG 24, 23; voll zutreffend 32, 97 ff.

[185]) Den Fehler des RG vermeidet Ruth 535, wenn er es ablehnt, von dem etwa das Außenverhältnis beherrschenden Identitätsbegriff auf das Innenverhältnis Schlüsse zu ziehen.

[186]) Richtig Hachenburg § 11 Anm. 8.

[187]) Bejahend Rümelin Schuldversprechen 311; RuW Arch 16, 349 unten, 352 oben, 354 Abs. 1. Verneinend Heck DJZ 09, 1460; wohl auch ZivA 123, 243 Ziff 1.

[188]) Vgl. Heck Grdr 476.

also auch nicht auf das der Wirkung des Konkurses eines Gründers auf die Existenz der Gründergesellschaft. Diese Schranke hat das RG verkannt und hier zeigt sich der methodische Fehler, der in einer solchen Verwertung von Begriffen liegt.

Für die hier abgelehnte Inversionsmethode wird geltend gemacht, daß nur sie dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung trage [189]). Die Ableitung von Rechtsregeln aus dem konstruktiven Begriff verbürge die Möglichkeit, daß sämtliche Rechtbeflissenen zu einer und derselben Lösung gelangen, in größerem Maße als die Interessenjurisprudenz. Dagegen spricht die gerade hier besonders deutlich nachweisbare Erscheinung, daß die Normen, aus denen die Rechtsbegriffe formuliert werden, sich so oder so formulieren lassen. Ein und derselbe Rechtssatz läßt sich sowohl durch die Identitäts-, als auch durch die Heterogenitätskonstruktion ausdrücken. Es handelt sich um die Aequivalenz der juristischen Konstruktion.

Die zu I und II pr gewonnenen Ergebnisse lassen sich sowohl dahin konstruieren, daß Identität, wie auch, daß Gesamtsukzession vorliegt. Man kann aber auch die Lösungen, die für andere Probleme gelten, in den Vordergrund stellen. So z. B., daß bei einer 25% übersteigenden Geldeinlageleistung, hinsichtlich deren im Gesellschaftsvertrag nichts bestimmt ist, die Erfüllung nicht schlechthin gegen die GmbH wirkt [190]). Dann liegt die Konstruktion der Singularsukzession oder des Vertrags zu Gunsten Dritter nahe und die zu I und II pr gefundenen Lösungen erscheinen als Ausnahmen von ihr; wie umgekehrt die eben erwähnte Versagung der Erfüllungswirkung als Ausnahme von der Identitäts- und Universalsukzessionskonstruktion darzustellen wäre.

Welche der einzelnen Konstruktionen den Vorzug verdient, hängt davon ab, welchen Zweck die Konstruktionsformel haben soll [191]).

In den anomalen, atypischen, pathologischen, sozial unerfreulichen Fällen sind die Normen bedeutsam, die der GmbH gegenüber der Gründergesellschaft eine noli me tangere Stellung gewähren. Sucht man für sie eine Formulierung, so empfiehlt sich die Heterogenitätskonstruktion. Denkt man dabei noch an die starken Gemeinsamkeiten, welche die Gründergesellschaft und die fertige GmbH immerhin noch haben, so kann man von einer abgeschwächten Heterogenität reden. Sucht man ein Bild aus der Entwicklungsgeschichte, so drängt sich das des Verhältnisses der placenta zum Kind auf.

---

[189]) Landsberg DJZ 05, 921; vgl. dazu Rümelin RuW Arch 16, 352.

[190]) Oben Anm. 178.

[191]) Heck ZHR 37, 278 ff.; Grdr 411; Rümelin RuW Arch 353 Anm. 35, 355 Anm. 41; Oertmann ZHR 95, 457. Die Unterscheidung zwischen betypischer und typischer Konstruktion weist Aehnlichkeit auf mit der von O. v. Gierke (die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887, S. 440 f.) zwischen Begriff und Wesen gemachten.

In den Fällen der typischen, normalen, gesunden Gründungen beschränken sich m. E. die Gründer vor der Eintragung auf die in §§ 5 bis 8, 10, 12 Ges bezeichneten Tätigkeiten und nehmen andere, insbesondere auf Gewinnerzielung gerichtete Geschäfte noch nicht oder nur auf besondere Rechnung vor [192]). Hier sind die Normen bedeutsam, die das Bild der Identität von Gründergesellschaft und GmbH ergeben. Es empfiehlt sich also die Identitätskonstruktion. Denkt man dabei noch an die „in being" wirksamen Normen, die die Sonderung der Gründergesellschaft und der fertigen GmbH bewirken, so kann man von einer abgeschwächten Identität reden. Aus der Entwicklungsgeschichte ist das Bild des Verhältnisses des Embryos zum Kind heranzuziehen.

Die Formulierungen: Identität und Heterogenität sind also gleich gut möglich [193]), d. h. äquivalent, was zu beweisen war.

3. Abschnitt: Die Stellung der Materialien.

§ 10.

Schon früher wurde ausgeführt, daß das Gesetz, abgesehen von dem keinen sicheren Schluß erlaubenden § 46 Ziff. 8 über die Gründerhaftung keine Bestimmungen hat [194]). Es ist also noch zu prüfen, ob hier eine die Anwendung allgemeiner Grundsätze gestattende Lücke oder ein sie ausschließendes sog. qualifiziertes Schweigen vorliegt. Hierbei ist die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu würdigen [195]).

Der Vater des Gesetzes, Oechelhäuser, wollte eine Gesellschaft nach dem Prinzip der Individualgesellschaft, also doch wohl der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Sie sollte nur e i n e Besonderheit aufweisen, nämlich die Beseitigung der schlechthinigen Solidarhaft [196]). Im übrigen sollten also die allgemeinen Grundsätze — und zu ihnen gehören die in dieser Arbeit entwickelten Gesichtspunkte — nicht ausgeschlossen werden.

Unterstützend kommt hinzu, daß man in der GmbH eine Kommanditgesellschaft ohne persönlich haftende Gesellschafter anstrebte; auf diese Vorstellung kann die Reklame, die Oechelhäuser für das Gesetz machte, sehr wohl hinausgedeutet werden. Von der Kommanditgesellschaft her war man aber daran gewöhnt, daß die Gesellschafter — also auch die Gründer hinsichtlich der bis zu ihrem manifestierten Ausscheiden getätigten Geschäfte — nach außen auf

---

[192]) Anders Hachenburg 236.

[193]) Anders Schönfeld RG Festschr 224, der für das positive Recht Einheitsformung annimmt.

[194]) Oben § 1 Anm. 11.

[195]) An dieser Stelle nur noch, soweit nicht schon im vorhergehenden erfolgt. Vgl. § 1 I, § 3 passim; § 3 und 4 u. ö.

[196]) Prot 4304 A.

den Geldbetrag ihrer Einlage, also bei Sacheinlagen auf deren Wert hafteten [197]). Das mag man dann unbewußt für die GmbH auch angenommen haben.

Die Begr (E I 27) sagt zwar, es bedürfe bei der GmbH präventiver oder repressiver Vorschriften nicht. Gemeint war damit aber nur, daß man die Schaffung eines besonderen obrigkeitlichen Apparats, wie er bei der AG bestand, ablehnen wollte [198]). Nur den Formen galt die Feindschaft; man wollte nichts institutsmäßiges. So sagte der Bundesratkommissar Dr. Hoffmann [199]) gegenüber Angriffen betr. die Unsolidheit des Gesetzes: „nur ist freilich von dem ganzen übrigen Apparat Abstand genommen". Die nun folgende Aufforderung an die Gläubiger, die Augen offen zu halten, behält auch dann ihren Sinn, wenn man die hier entwickelten, allgemeinen Grundsätze anwendbar sein läßt; denn Schadensersatz ist eine wirtschaftlich unsichere Sache und eben immer nur ein „Ersatz". So spricht ferner die Begr [200]) von den „Kautelen und Schutzmaßregeln" der AG, die, auf die GmbH übertragen, deren Errichtung hemmen würden; auch hier scheint nur die Ablehnung von kostspieligen Formalitäten — die den Geschäftsmann, wie die Praxis zu § 24 Gesetzes zeigt, weit mehr stören, als die strengsten materiellrechtlichen Vorschriften — gemeint zu sein [201]) So schien auch die Opposition das Schweigen des Gesetzes zu verstehen: so wünschte der Abgeordnete Spahn [202]), daß die besonderen Formen der AG auch für die GmbH gelten sollten; wäre die Meinung der Mehrheit gewesen, hinter die allgemeinen Haftungsgrundsätze gar noch zurückzugehen, so hätte er seine Kritik darauf erst recht gerichtet.

Man wollte also kein Privileg der GmbH-Gründer schaffen.

Daran ändert auch die Behauptung der Begr [203]) nichts, das Fehlen der bei der AG-Gründung bestehenden Garantien werde dadurch ersetzt, daß die Gesamthaftung „für vollständige Einzahlung des Stammkapitals" angeordnet werde. Erstens kommt hier nur undeutlich zum Ausdruck, daß die Gesamthaftung auf Geldeinlage beschränkt wird, und es liegt die Vermutung nahe, daß man die entsprechende Normierung für Sacheinlagen einfach übersehen hat [204]). Zweitens aber würde die Gesamthaftung für Geldeinlagen

---

[197]) Endemann HR 3. Aufl. (1876) § 51 II. Vgl. auch die Parallele zwischen RG 46, 353; 51, 37 ff. (KommG) und RG 123, 107 (GmbH). Für das neue Recht RG 63, 266; Holdh 1911, 147.

[198]) Vgl. oben § 3 zu Anm. 49.

[199]) Prot 4884 C.

[200]) E I 28 f., E II 24.

[201]) Ueber diese Art von Liberalismus vgl. Siber Erbrecht (1928) 27 zu b.

[202]) Prot 4306 A.

[203]) E I 40, E II 32.

[204]) Andernfalls wäre die Behauptung der Begründung geradezu töricht; vgl. Haux 130.

nicht immer schon aus allgemeinen Grundsätzen folgen [205]); man kann also aus dieser Regelung keinen Umkehrschluß auf die Nichtanwendbarkeit der ins Gesetz nicht aufgenommenen allgemeinen Grundsätze ziehen.

Auf alle Fälle wollte man dem BGB nicht vorgreifen; denn sonst wäre der Vorschlag Spahn, die Beratung des Ges bis zur Beratung des BGB auszusetzen [206]), nicht ohne Diskussion geblieben.

Jedenfalls aber werden die aus dem — jüngeren — BGB gewonnenen neuen Lehren, darunter die cic, vor den Materialien des GmbHGes nicht den Rückzug anzutreten haben. „Denn es besteht keine Gewähr dafür, daß das Schweigen des GmbHGes in alle solchen Folgerungen hinein durchdacht worden wäre" [207]) [208]).

4. Abschnitt: De lege ferenda.

§ 11.

Die in dieser Arbeit aufgezeigte Regelung sollte de lege ferenda beibehalten werden. Sie ermöglicht es, ohne Gläubigerschädigung der GmbH die Gründungsprüfung und die gesteigerte Publizität der AG zu erlassen und ihr damit den intimen Charakter zu erhalten. Dieser ist es aber gerade, der die GmbH so anziehend macht. Man denke an Gesellschaften, die der Rüstungsindustrie angehören; ferner an Aktiengesellschaften, Gemeinden und Staaten, die gewisse Unternehmungen aus irgend welchen Gründen dem Einfluß der Aktionäre, letzterenfalls der Politisierung entziehen wollen.

Einzelne Fragen de lege ferenda wurden schon früher behandelt; hier ist noch zu sagen:

Es empfiehlt sich, den geltenden Rechtszustand de lege ferenda ausdrücklich zu betonen. Das liegt im Interesse der Rechtssicherheit.

Im Außenverhältnis wäre der Exkulpationsbeweis auszuschließen. Das entspricht, wie Müller-Erzbach [209]) hervorgehoben hat, dem Bedürfnis des Geschäftslebens. Auch wäre die wünschenswerte Anpassung an § 9 Ges erreicht.

Das Ergebnis wäre der folgende Entwurf [210]):

§ 9a.

Bleibt die von einem Gläubiger der Gesellschaft in deren Ver-

---

[205]) Denn extern wird nur erklärt, daß der einzelne Gründer die einzelne Geldeinlage schuldet; und diese Erklärung ist mindestens dann wahr, wenn der einzelne Gründer erst nachträglich insolvent wird.

[206]) Prot 4306 B.

[207]) Frei nach RG Str 64, 373.

[208]) Wie hier die h. M.; s. oben § 1 zu Anm. 17.

[209]) ZivA 106, 309 ff.

[210]) Vgl. dazu Feine 227, 252 ff.; Hachenburg LZ 09 f.; JWH 27, 20 f.

mögen betriebene Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise erfolglos, so sind ihm [211]) die Gründer als Gesamtschuldner verpflichtet, den Abmangel, den der Wert der Sacheinlage gegenüber dem Betrag der durch sie gedeckten Stammeinlagen aufweist (Ueberbewertung), in das Gesellschaftsvermögen zu ersetzen.

Der Nachweis, daß durch die Ueberbewertung ein noch größerer oder nur ein kleinerer Abmangel herbeigeführt worden ist, ist zulässig.

Erfolgt die Ersatzleistung in das Gesellschaftsvermögen, so erlöschen die gemäß Abs. 1 begründeten Forderungen sämtlicher Gläubiger.

Die §§ 771—773 BGB finden entsprechende Anwendung.

§ 9 b.

Ein Gläubiger, dessen Forderung nicht auf ein Rechtsgeschäft zurückzuführen oder vor Eintragung der Gesellschaft entstanden ist, desgleichen ein Gläubiger, der die Ueberbewertung gekannt hat, hat keine Forderung gemäß § 9 a.

§ 762 Abs. 1 Satz 2 BGB findet entsprechende Anwendung.

§ 9 c.

Die Gründer sind berechtigt, den Gläubiger dadurch abzufinden, daß sie ihm den bei der Zwangsvollstreckung erlittenen Ausfall ersetzen.

§ 9 a Abs. 4 findet entsprechende Anwendung.

§ 9 d.

Die Gründer sind im Verhältnis zueinander, so weit sich nicht aus einem Verschulden bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags oder aus sonstigen Gründen ein anderes ergibt, nach Maßgabe des § 426 BGB verpflichtet.

Die Forderung des Gläubigers gegen die Gesellschaft geht auf den ihn befriedigenden Gründer über; sie kann von ihm nach Maßgabe des § 30 geltend gemacht werden [212]).

§ 9 e.

Die gemäß § 9 a entstandene Forderung verjährt in 5 Jahren seit Beginn des auf die Geschäftseröffnung folgenden Kalenderjahrs.

---

[211]) Besser ihm als der Gesellschaft; damit werden manche Streitfragen von vornherein abgeschnitten.

[212]) Ob der Inhalt des Abs. 2 schon geltendes Recht ist, bedürfte besonderer Untersuchung.

Lebenslauf.

Ich Wolfgang Dreiß wurde am 23. August 1907 zu Hirsau OA. Calw als Sohn des Wilhelm Dreiß, derzeitigen Regierungsrats in Bietigheim Württ. und seiner Ehefrau Gertrud geb. Weitbrecht geboren. Ich besuchte von 1913 bis 1925 die Elementarschule auf der Prag, das Eberhard-Ludwigs-Gymnasium, beide in Stuttgart, und das Gymnasium in Reutlingen. An dem letztgenannten erstand ich im Frühjahr 1925 die Reifeprüfung. Sodann studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar insgesamt 6 Semester in Tübingen und 2 Semester in Berlin. Im Frühjahr 1929 erstand ich die württ. erste höhere Justizdienstprüfung und trat in den Vorbereitungsdienst ein, den ich bisher in den Bezirken der Landgerichte Tübingen, Stuttgart, Heilbronn und Hechingen abgeleistet habe.

Herrn Professor Dr. von Heck danke ich für die Anregung zu dieser Arbeit herzlich.

Stuttgart, den 10. Februar 1931.